

تحول التصرف القانونى

دراسة مقارنة للمادة ١٤٤ من القانون المدنى المصرى

على أساس المادة ١٤٠ من القانون المدنى الألمانى

وملحق

عن تحول القرار الإدارى

« الضمير يصنع رجل القانون
[ف. ك. فون سافينيا]

تأليف

أحمد يسرى

دكتور فى القانون من جامعة هيدلبرج — ألمانيا

١٩٥٨



٣ شارع حمودة المقاول - عابدين

الإهداء

إلى أبي ...

حين خرج الأصل الألماني في ديسمبر سنة ١٩٥٥ وأهديته إلي « والدي : حبا وإجلالا وإقرارا بالفضل » ، لم أكن أحسب أن الترجمة العربية سوف تخرج ، وقد اختارك الله إلى فضله ، فإليك في الظل الكريم أقدمها عن حب وألم .

ابنك

رسالة دكتوراة

قدمت إلى كلية الحقوق بجامعة روبرتو كارولا بهيدلبرج بألمانيا
نوقشت في يوم الأربعاء ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٥
وقررت اللجنة منح المؤلف درجة دكتور في القانون بدرجة «جيد جداً» .

الأستاذ المشرف على الرسالة : الأستاذ إدورد ڤال Prof. Dr. Eduard Wahl
أستاذ القانون المدني والمرافعات والدولي الخاص والمقارن بجامعة هيدلبرج .

هيئة التحكيم :

الأستاذ الدكتور ڤلهلم جالاس Prof. Dr. Wilhelm Gallas
عميد كلية الحقوق وأستاذ القانون الجنائي بها .

الأستاذ الدكتور إدورد ڤال Prof Dr. Eduard Wahl
عميد كلية الحقوق سابقا وأستاذ القانون المدني
والمرافعات والدولي الخاص والمقارن .

الأستاذ الدكتور فردرش ڤيبر Prof. Dr. Friedrich Weber
عميد كلية الحقوق سابقاً وأستاذ القانون المدني
والمرافعات والإفلاس والعمل .

الأستاذ الدكتور هانز شنيدر Prof. Dr. Hans Schneider
أستاذ القانون العام والقانون الدولي العام .

تقرير

عن رسالة السيد أحمد يسرى : المندوب بمجلس الدولة من القاهرة
عن « تحول التصرف القانونى »

اتخذ المؤلف ، القانون المدنى المصرى الجديد الصادر سنة ١٩٤٨ والذى قنن فى المادة ١٤٤ منه (قارن ص ٥٦[1] من الرسالة) نظرية التحول ، متبعا فى ذلك القانون المدنى الألمانى ، فرصة لدراسة وعرض هذه النظرية البالغة الصعوبة ، والتى يعتبر تحديدها مشكلة معقدة ، فى ضوء تطور القانون الألمانى قبل وبعد سنة ١٩٠٠ . وتحقيقا لهذا الغرض ، فقد حضر إلى هيدلبرج منذ خمسة فصول دراسية ، ودرس اللغة الألمانية دراسة عميقة أساسية . وقام خلال مدة إقامته فى ألمانيا بإعداد هذه الرسالة . وقد كانت مدة إقامته مقررا لها فى بادىء الأمر ثلاث سنوات ، إلا أنها قصرت بحيث أن التعجل فى إنجاز الرسالة ترك آثارا ضئيلة فيما يتعلق باللغة .

وهذا لا يعترض أن الرسالة عمل علمى ذو مستوى عال جدير بلفت النظر إليه . فالمؤلف لم يقتصر فقط على دراسة الفقه الألمانى فى عهد الشريعة المشتركة das gemeine Recht دراسة عميقة وفهمه فهما حقيقيا ، بل إنه استوعب القضاء الألمانى فى كل جزئياته ، وكان له دائما موقفه الخاص إزاء هذه الحلول .

ويكشف بناء الرسالة عن قدرة المؤلف على دراسة وعرض مادة عميقة متشعبة صعبة ، أما القدرة العلمية والسيطرة على الفقه التى صارع بها المؤلف المشاكل ، فتترك بصفة خاصة ، أثراً كبيراً .

ويقدم المؤلف حتى ص ٥٦ عرضا تاريخيا لتطور مشكلة التحول ، مبتدأ من فقه الشريعة المشتركة ، فيكشف تمكنه منه وإحاطته به ولما سبقه من أصول رومانية استقاها من المصادر الرومانية ، ثم يعرض الأعمال الممهدة للتقنين المدنى الألمانى والتقنينات التى سبقته ومهدت إليه ، حتى ينتهى بأحدث التقنينات المعاصرة ، وهى المجرى والإيطالى والمصرى التى أخذت بالتحول ، ثم السويسرى والبرازيلى التى لم تضع للتحول نظرية عامة ، كما أوضح أعمال لجنة تنقيح القانون المدنى الفرنسى التى رفضت الأخذ بنظرية التحول . ومما يستحق التقدير ، ما بينه

---

(١) ص ٨٣ من هذه الترجمة .

المؤلف ، معتمدا على مؤلف إيطالى ، عن مشارطات التحول clauses de conversion فى القانون الكنسى وقضائه فى العصور الوسطى (ص ٣٠) .

والمؤلف يعرض البحث مبينا المشاكل والحلول فى فقه التقنين المدنى الألمانى ، وقضاء المحكمة العليا للدولة الألمانية ، ولكن دون أن يخضع بأى حال للآراء والنظريات التى تحتويها ويفقد فيها ذاتيته .

ويعالج المؤلف فى فصل خاص ، مشكلة تحول التصرفات الموقوفة والقابلة للإبطال ، وهو فى رأيى ، يذهب إلى هنا إلى حد بعيد ، حين ينضم — ولكن بقيود محدودة — إلى جرادنقتز Gradenwitz فى إجازة تحول العقد القابل للإبطال بسبب الغلط لأنه ذكر فيه شيرى Sherry بدلا من بورتو Portwein إلى عقد ينصب على نبيذ البورتو . أفلا يجب أن يقصر التحول على تلك الحالات التى يمنع فيها النظام القانونى نفسه ، تحقيق إرادة المتعاقدين . بينما المانع فى هذا المثل هو إرادة المتعاقدين ! . والمؤلف واضح فى ذلك ، ويؤكد دون تردد أن الإرادة الفرضية للمتعاقدين ، يجب أن تكون قد اتجهت إلى صحة التصرف الجديد ، بينما تقوم حجج جرادنقتز Gradenwitz على أساس التصحيح اللاحق لمضمون العقد ، طبقا للثقة والاعتقاد أولا لا على التحقق من إرادة كان يفترض وجودها عند انعقاد العقد .

أما الجزء الخاص ببحث المشاكل الفنيه فهو عمل علمى ناضج .

والمؤلف موهوب فى تحديد وتحقيق المشاكل القانونية . وقد فهم كيف يضطلع بحل المشاكل القانونية التى أثارها هو نفسه .

لهذا وبالنظر إلى الكفاءة غير العادية ، التى أدت بالمؤلف إلى سيطرة كاملة على تعبيراتنا البالغة الصعوبة فى مادة التصرف القانونى ، وإلى الفهم القانونى العظيم الذى يكشف عنه العمل فى كل صغيرة وكبيرة ، فان الرسالة تستحق درجة « مع أعظم الثناء magna cum laude . جيد جداً » .

هيدلبرج فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ .

إدورد ڤال Eduard Wahl
أستاذ القانون المدنى والمرافعات والدولى الخاص والمقارن

صورة طبق الأصل فى ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦
سكرتارية كلية الحقوق بجامعة هيدلبرج
ا . باوم I. Baum

"PECTUS FACIT IURISCONSULTUM"

Fr. C. V. Savigny

« الضمير يصنع رجل القانون »

ف . ك . فون سافيني

« وحبر المجلدات الضخام فى فلسفة أرسطو وعبقريته ، دون أن يفهم حرفا واحدا مما كتبه أرسطو ، لسبب بسيط وهو أنه لم يكن يعرف لغته »

روجر بيكون عن توماس أكيناس

تصـــدير الترجمة

تتناول هذه الرسالة مشكلة تحول التصرف القانونى ، وهو نظام استحدثته فى مصر مجموعة القانون المدنى الجديد الصادر سنة ١٩٤٨ فى المـادة ١٤٤ منه أخذا عن المادة ١٤٠ من مجموعة القانون المدنى الألمانى الصادر سنة ١٨٩٦ ، التى كانت أول تشريع قنن التحول وخصه بنص خاص . ولما كانت هذه المشكلة جديدة فى مصر فلا نجد فيها فقها كافياً إذ ظهر أول بحث بشأنها فى سنة ١٩٣٢ فى مقال عن آثار البطلان للدكتور حلمى بهجت بدوى ، ثم عالجها الدكتور عبد الرزاق السنهورى فى مبسوط العقد وموجز الالتزامات . ثم خصها بنص تشريعى حين قام بوضع مجموعة القانون المدنى المصرى ثم شرحها فى الوسيط . أما القضاء المصرى فى هذا الصدد فنادر .

وواضح أن كل ما كتب فى هذا الشأن إستقى من مؤلف سالى Saleilles عن إعلان الإرادة فى مجموعة القانون المدنى الألمانى ورسالة Perrin عن التحول بطريق الإنقاص والكتب الفرنسية القليلة التى تعرضت لهذا البحث بطريقة موجزة غير كافية ، يكشف عن ذلك موقف لجنة وضع مشروع القانون المدنى الفرنسى الجديد حين بينت أن التحول فى نظرها ليس إلا تصحيحا للتسمية الغلط للتصرف ، وكشفت بذلك عن عدم إدراكها لهذه المشكلة .

لكل هذا كان من الضرورى لفهم المادة ١٤٤ من المجموعة المدنية المصرية ، الرجوع مباشرة إلى مصدرها فى المادة ١٤٠ من المجموعة المدنية الألمانية ودراسة هذه المشكلة فى القانون الألمانى دراسة تاريخية نقدية مقارنة . وقبل أن نعرض لهذا المنهج فى البحث نبين من الآن أن الدراسة تتناول تحول التصرف القانونى لا تحول العقد ، ونصدر فى ذلك عن أن مصدر الحق سواء كان عينيا أم شخصيا ، إما التصرف القانونى وإما الواقعة القانونية ، فالعقد ليس إلا صورة

من صور التصرف القانونى فهذا هو الأصل والذى يجب أن يكون أساس البحث . ولا نود أن نطيل فى ذلك الآن لأن مشكلة التركيب الفنى للقانون المدنى من المشاكل التى لم يفصل فيها بعد ، إلا أن اتخاذ التصرف القانونى نقطة البداية يكشف عن اتجاهنا إزاء هذه المشكلة .

أما منهج البحث الذى اتخذناه بصدد بحث هذه المشكلة فهو المنهج التاريخى النقدى المقارن على ما بينا .

أما الدراسة التاريخية فتقضى بتتبع النظام فى جذوره المختلفة حتى الوصول إلى مصادره الأولى وكيف ظهر فيها فكرة أولية ساذجة لم تتقرر عن نظام علمى وإنما صدرت عن إحساس قانونى سليم . ثم تتبع تطور الفكرة فى العصور المختلفة والقوالب التى تشكلت فيها ، حتى وصلت إلى الصورة النهائية التى استقرت فيها حتى خرجت إلى الوجود تقنينا تشريعيا لأول مرة فى سنة ١٨٩٦ . ثم تتبع انتقالها إلى مجموعات القانون المدنى الأخرى وهى المجرى والإيطالى والمصرى فنبين الصور التى تشكلت فيها فى هذه النظم القانونية .

أما الدراسة النقدية فتقوم على بحث الأسس الفقهية التى يقوم عليها التحول ثم تقدير المصالح الاقتصادية والاجتماعية المتباينة ؛ وهى المصالح التى لم يقم القانون إلا لتنظيمها ورفع التعارض بينها ، وتنسيق نشاطها واتجاهاتها . ثم تقضى هذه الدراسة بالتنسيق بين هذه المشكلة وغيرها من مشاكل القانون بحيث يستقر التناسق بين مشاكل القانون المختلفة ويخرج منها نظام علمى سليم . وهذا هو الأساس الوحيد الذى يمكن أن يقوم عليه علم القانون باعتباره علما وليس مجرد مجموعة من النصوص والمبادىء رصت إلى جوار بعضها فى ترتيب ظاهرى ساذج دون أن تنتظمها وحدة علمية منطقية .

ثم إن هذه الدراسة يجب أن تكون دراسة حية لأن القانون علم ينظم العلاقات الإنسانية فى سكونها وحركتها . فهو علم يدرس الحركة والتطور ويجب أن تقوم دراسته على الحركة والتطور ، أى أن تكون دراسة ديناميكية لا استاتيكية . وحياة القانون إنما تنبثق من القضاء الذى يفسره ويطبقه ويكمله ويكشف مشاكله ونقائصه ،

خاصة إذ كان قضاء متطورا ، يقوم على أساس متين من فقه منطقى عميق متطور، مثل القضاء الألمانى ، الذى نجح دائماً فى أن يبتدع نظرياته الخاصة ويفرضها على الفقه نفسه . لهذا كان من الواجب ، عند عرض كل مشكلة ومحاولة العثور على حل مناسب لها أو اختيار هذا الحل من بين حلول متباينة ، كان من الواجب دائما الرجوع إلى هذا القضاء لتحديد موقفه من المشكلة ثم تحديد موقفنا منه .

فإذا ما انتهينا من فحص هذه المشكلة فى القانون الألمانى ، وجبت المقارنة بين هذا التنظيم الألمانى والتنظيمات الأخرى فى قوانين البلاد الأخرى ، سواء تلك التى خصته بنص تشريعى كالمجرى والإيطالى والمصرى ، أو تلك التى لم تخصه بنص مثل الفرنسى والسويسرى والهولندى والبرازيلى . وذلك حتى يكون حل المشكلة واضحا على قدر الإمكان . فمنهج المقـــارنة هو الذى يوضح المشاكل ويمهد سبيل حلها .

هذا المنهج التاريخى النقدى المقارن هو الذى قامت عليه هذه الرسالة . وحاولت بمقتضاه أن تعالج مشكلة التحول فى القانون الألمانى وهى مشكلة يحس الفقهاء الألمان أنفسهم بدقتها وتعقدها ، إذ كيف ينقلب التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح رغم أنه من المسلم به أن البطلان يقضى على التصرف كلية ، فالفلسفة نفسها تسلم بأن العدم لا يمكن أن يخرج منه وجود فكيف يتحول هذا العدم القانونى إلى وجود قانونى ؟ هذا هو ما سنحاول أن نبينه ، مع التنبيه إلى أن دراسة المادة ١٤٠ من القانون الألمانى هى دراسة فى نفس الوقت للمادة ١٤٤ من مجموعة القانون المدنى المصرى .

وقد خرجت هذه الرسالة إلى الوجود باللغة الألمانية فى ديسمبر سنه ١٩٥٥ أمام جامعة هيدلبرج ، وكان من الواجب بعد ذلك أن تترجم إلى اللغة العربية ، حتى توضح تلك المشكلة فى القانون المصرى ، وقد حاولت إلى أقصى حد أن أقيد الترجمة بالأصل الألمانى بحيث تكون صورة مطابقة له دون أدنى انحراف . ولم أتردد فى كثير من الأحيان من أن أضحى برونق العبارة فى سبيل إبراز المشكلة القانونية ، فقدمت الروح على الشكل وهو نفس الأصل الذى يقوم عليه التحول نفسه . كما اضطررت إلى أن أضيف فى الهامش إيضاحات لم يكن يمكن إيرادها

فى الأصل الألمانى لبداهتها فى نظر القارئ الألمانى ، ولكن كان يتعين إيضاحها فى الترجمة العربية إيضاحا كافيا . أما كل ما أقوله بصدد مشاق الترجمة فهو أنى آمنت بصحة قول المفكر العالمى ألبرت شفيتزر A. Schweitzer الحاصل على جائزة نوبل للسلام عن سنة ١٩٥٤ ، حين قال فى مقدمة الترجمة الألمانية التى قام بها هو نفسه لكتابه عن الموسيقار الكبير يوهانس سيباستيان باخ Johannes Sebastian Bach الذى كتبه بالفرنسية فى بادئ الأمر : « لأيسر على أن أؤلف كتابى من جديد من أن أترجمه من لغة إلى أخرى » . وأقول فعلا أنه كان أيسر على أن أكتب هذه الرسالة من جديد باللغة العربية ، من أن أقوم بترجمتها عن اللغة الألمانية .

أما هذه الرسالة فتدين بخروجها إلى الوجود إلى أستاذى الكبيرين الدكتورين عبد الرزاق السنهورى وشفيق شحاته . ولولا فضلا لوالدى وقد أهديت إليهما الأصل الألمانى ، لم يكن أحق من أستاذى باهداء هذه الرسالة

كما تدين كذلك لأستاذى الكبير إدوارد فال Eduard Whal الذى أولانى عنايته منذ استقر بى الأمر فى ألمانيا . ووجد دائماً رغم ضخامة الأعباء التى يحملها من عمله الجامعى وعضويته فى البرلمان الاتحادى ، متسعا من الوقت للاهتمام بكل ما يعرض لى .

هذا وقد سبق أن قلت فى الاحتفال الذى أقامته كلية الحقوق بجامعة القاهرة فى أول يناير سنة ١٩٥١ بمناسبة العيد الفضى للجامعة وكان لى شرف إلقاء كلمة الخريجين ، أن جميع تشريعاتنا الأساسية قد تمصرت ، وتمنيت أن يأتى العيد الذهبى فنحتفى لا بتمصير القوانين فقط ، ولكن بمذاهب الفقه المصرى الذى نضج وأصبحت له نظرياته الخاصة وطابعه المنفرد واكتسب ذاتيته واكتملت شخصيته ووقف على قدم راسخة فى معترك القانون المقارن . فلتكن هذه الرسالة مجهوداً ضئيلا فى سبيل هذه الغاية عن طريق الفقه المقارن .

أحمد يسرى

تمهيد فى تاريخ القانون الألمانى

لم يكن وضع مجموعة القانون المدنى الألمانى فى سنة ١٨٩٦ عملا قائماً بذاته منفصلا عما سبقه ، وإنما كان نتيجة تطور بعيد العهد يرتد فى أعماقه إلى التاريخ البعيد جداً . ولكن لكى يتسنى لنا فهم التطور التاريخى للقانون الألمانى ، يتعين علينا أن نبدأ بإلقاء نظرة سريعة على النظام السياسى الألمانى ، إذ أن ذلك عامل بالغ الأهمية فى فهم هذا التطور القانونى .

فقد كانت الشعوب التيوتونية فى العهود القديمة ، قبائل متفرقة تسكن شمال أوربا ووسطها ، ثم بدأت فى الفترات المعروفة فى التاريخ بعهود تنقل الشعوب die Völkerwanderung تكتسح المناطق المجاورة لها . ثم سيطرت الدولة الرومانية على أجزاء من البلاد التى تسكنها هذه الشعوب ووصلت إلى جنوب ألمانية الحالية ، فى جنوب الدانوب وغرب الرين وتوغلت بعض الشىء فى أراضى قبائل الفرنك die Franken ثم اكتسحت بعض هذه القبائل روما نفسها فقضت على الدولة الرومانية الغربية فى سنة ٤٧٦ م بقيادة أدكر Odaker وهكذا سيطر النظام الإقطاعى على أوربا . ونلاحظ أن الرومان سموا هذه القبائل فى مجموعها بالشعوب الجرمانية وذلك نسبة إلى شعب منهـــا هو شعب الألمان die Allemanen أو الشفابيين die Schwaben الذى كان أول من اتصل بهم الرومان من هذه الشعوب فى فتوحهم الأولى . وكان يوجد إلى جانب هؤلاء الألمان قبائل الفرنك وقبائل بافاريا die Bayern ثم قبائل السكسون die Sachsen وقبائل الفاليين die Falen وغيرها . ولهذا يطلق على ألمانيا فى اللغة الألمانية لا بلاد الألمان وإنما بلاد التيوتون Deutschland وكذلك تسمى اللغة الألمانية باللغة التيوتونية Deutsche Sprache (١) .

---

(١) وكانت تكتب حتى القرن التاسع عشر Teutschland . والواقع أن الحاجة إلى هذا الإسم لم تنشأ إلا بعد سقوط الدولة الرومانية المقدسة فى سنة ١٨٠٦ ، فرجع إلى هذا الإسم المشتق من أصل الجنس للدلالة على كافة الدول الألمانية .

وكانت كل من هذه القبائل تتولى حكم نفسها ويخضع أفرادها حتى البعيدين منهم عن إقليمها لسلطانها ، وهذا مبدأ شخصية القوانين . ثم اشتدت قوة قبائل الفرنك حتى أصبح لها شيء من السيادة على القبائل الأخرى حتى أسس كارل مارتل[٢] Karl Martell (١) (الذى هزم العرب فى موقعة تور ـ بواتييه Tours - Poitier فى سنة ٧٣٢ م) الأسرة الكارولية die Karolingen . وقد حصل ابنه پيپين Pepin على لقب ملك من البابا بعد أن اعترف الأشراف له به ، وذلك مقابل اعترافه بحق البابا على جزء من وسط إيطاليا وهو المنطقة الواقعة بين روما ونابلى (روما نا) ووعده بمساعدة البابا فى الاستيلاء عليها وكانت تابعة للدولة البيزنطية ، تحت حكم اللمبارديين (وهم فى الأصل من القبائل التيوتونية) ، وكانت هذه أول مرة يتمسك فيها البابا بحق إقامة حكومة زمنية فى إقليم من الأقاليم . وأهم أفراد هذه الأسرة هو كارل الأكبر Karl der Grosse ابن پيپين المعروف فى اللغة اللاتينية Carolus Magnus (شرلمان) الذى بسط سلطانه على جميع أجزاء أوربا التى لم يستول عليها العرب أو البيزنطيون . وقد اشتد أمره حتى توج فى عيد الميلاد من سنة ٨٠٠ امبراطورا فى روما على يد البابا ليو الثالث Leo III . وكان ذلك خطة من البابا الذى كان واقعا فى مشاكل تمس شخصه ورئاسته للكنيسة ورغبته فى التخلص من سيادة الدولة الرومانية الشرقية التى كان البابا نفسه تابعا لها . وكانت المناسبة هى زيارة كارل لروما لحماية البابا من الاتهامات الموجهة ضده والمراد بها خلعه نظرا لسلوكه الشخصى وكانت موجهة إليه من المعسكر البيزنطى فى رومة وكان حاكم روما لا زال يعينه إمبراطور القسطنطينية ، (وقد تم فى نفس الوقت تتويج ابنه كارل ملكا على الفرنك) . وبذلك نشأت الدولة الرومانية المقدسة باعتبارها خليفة للدولة

(٢) وليس لإسم Karl هذا صلة بالاسم اللاتينى Carola وهو أصل الاسم الإنجليزى والفرنسى Charles والإيطالى Carlo وإنما هو محرف عن Kerrl الألمانية ومعناها الفتى ، وذلك أنه عند ميلاده وكانت أمه زوجة ثانية لأبيه پيپين Pepin لم يفكر هذا فى اختيار إسم مناسب له وإنما أطلق عليه هذا الوصف فأصبح اسما له . أما Martell فمعناها فى لغة الفرنك المطرقة .

الرومانية الغربية القديمة التى قضى عليها Odaker . كما اتبع فى تتويجه المراسم الرومانية التى وضعت فى عهد الإمبراطورية ديوكلسيان Diokletien . وهى التتويج من الكاهن الأعظم (هنا البابا) وإقرار الشعب بالهتاف ثم سجود الكهنة والشعب أمامه . ومن الأهمية بمكان الانتباه إلى فكرة خلافة الدولة الرومانية هذه ، إذ فضلا عن آثارها السياسية التى تقررت بصورة نهائية حين قضى محمد الثانى على الدولة الرومانية الشرقية فى سنة ١٤٥٢ فاستتب بذلك الأمر لدولة رومانية واحدة ، فقد كان لها آثار هامة فى عالم القانون ، واستمرت قائمة حتى قضى عليها نابليون إثر انتصاره على النمسا فى سنة ١٨٠٦ ، فاستبقى الإمبراطور لنفسه لقب إمبراطور النمسا فقط بعد أن كان إمبراطور الدولة الرومانية المقدسة وملك النمسا . وبهذا وحده أمكن للإمبراطور أن يعترف لنابليون بلقب إمبراطور ، إذ أن وجود الدولة الرومانية المقدسة وعلى رأسها إمبراطورها ، كان يمنع وجود من يحمل هذا اللقب سواه فى كل أوربا . وهكذا ظل يحمله وحده حتى توج نابليون إمبراطورا . ولهذا كان سواه من الحكام يحملون إما لقب ملك أو دوق عظيم Grossherzog أو دوق ... الخ.

وقد انقسمت دولة كارل الأكبر فى معاهدة فردان سنة ٨٤٣ م بين أحفاده ، حيث أصبح الجزء الواقع غرب الرون والموز من نصيب حفيده كارل الأصلع Karl der Kahle ؛ أما شرق الرين فكان من نصيب حفيده لودفيج الألمانى Ludwig der Deutsche أما القسم الواقع بينهما والممتد من الأراضى المنخفضة حتى إيطاليا فكان من نصيب حفيده لوتار Lothar (١) الذى توج إمبراطورا . وبهذا التقسيم اتخذت أوربا الخطوط الأساسية لشكلها السياسى اللاحق والذى استمر حتى الآن . فالجزء الغربى أصبح فرنسا Frankreich(٢) ، والجزء الشرقى أصبح الامبراطورية الألمانية . وأما الأجزاء الوسطى فكانت هى مثار النزاع بينهما ، ولا زال بعضها (مثل الالزاس واللورين) يعد من أسباب النزاع حتى الآن.

---

(٣) ولا زالت مقاطعة اللورين Lothringen تحمل اسمه حتى الآن .

(٤) ومعناها دولة الفرنك . والإسم اللاتينى هو Franca ويحمل نفس المعنى ومنه اشتق الإسم الفرنسى الحالى .

والواقع أن هذه السلطة المركزية لم تبلغ قدراً كافيا من القوة ، إذ ظل الأمراء متمتعين بكافة سلطاتهم ونفوذهم . ولكن حل مبدأ إقليمية القوانين محل شخصيتها بالنظر إلى هذه السلطة المركزية .

وبانقراض الأسرة الكارولية فى فرنسا ، تولت أسرة Capet الحكم فى سنة ٩٨٧ الذى استمرحتى سنة ١٨٤٨[٥] حين سقط لويس فيليب فى ثورةسنة١٨٤٨. كما أن انقراض الأسرة الكارولية فى ألمانيا فى سنة٩١١ أدى إلى أن انتخب أمراء الألمان أميرا من بينهم هو كنراد Konrad امبراطورا ، ومنذ ذلك العهد أصبح لهؤلاء الأمراء حق انتخاب الإمبراطور واستمرذلك الحق قائما إلى حين انقراض الدولة الرومانية المقدسة،وإن انحصر فى يد سبعة من كبار الأمراء المسمين بالأمراء المنتخبين Die Kurfürsten وكان هذا الحق وراثيا كما أصبح عرش الإمبراطورية نفسه وراثيا منذ انحصر فى أسرة هبسبرج Habsburg التى أنشأها رودلف فون هبسبرج Rudolph v. Habsburg سنة ١٢٧٣ واستمرت حاكمة حتى سقطت سنة ١٩١٨ .

وبخروج فرنسا عن الإمبراطور خروجا تاما ،واقتسام دولة لوتار بين أخويه، اقتصرت الدولة الرومانية المقدسة على الشعوب الألمانية ومستعمراتها ، ولذلك سميت بالدولة الرومانية المقدسة للأمة الألمانية . Heiliges Römisches Reich Deutscher Nation

وقد ظل النظام الإقطاعى سائدا فى الدولة الرومانية المقدسة كما ساد غيرها من الدول الأوروبية ، ولكن ليس طوال القرون الوسطى فقط ، بل إلى العصر الحديث كذلك . فلم تقو سلطة الإمبراطور على الإطلاق بحيث تضعف سلطة

---

(٥) انقرض الفرع الأول من أسرة Capet فى سنة ١٣٢٨ فتلاه الفرع الثانى منها وهو أسرة فالوا Valois الذى استمر قائماً حتى انقرض فى سنة ١٥٨٩ بوفاة هنرى الثالث دون وارث . فورثه الفرع الثالث وهو فرع بوربون إذ تولى هنرى دى بوربون العرش باسم هنرى الرابع ، واستمر هذا الفرع قائماً إلى حين قيام الثورة الفرنسية بإلغاء الملكية ثم إعدام لويس السادس عشر سنة ١٧٩٣ ، ثم عاد إلى الحكم بعد سقوط نابليون سنة ١٨١٥ حين تولى لويس الثامن عشر العرش ثم سقط نهائيا بخلع شارل العاشر فى ثورة سنة ١٨٣٠ ، فانتقل العرش إلى الفرع الأخير من الأسرة وهو فرع أورليان بتولى لويس فيليب العرش . ثم انقضى حكم الأسرة نهائياً بسقوط لويس فيليب سنة ١٨٤٨ .

الأمراء وتزول أمامه ، بل حدث العكس إذ قويت سلطتهم على حساب سلطة الإمبراطور . وكانت كل من الدويلات تتمتع باستقلال كامل ، لا فى السياسة الداخلية وحدها بل فى السياسة الخارجية ، ومن الناحيتين الاقتصادية والعسكرية. وكان لكل منها قوانينها الخاصة فضلا عن القوانين الأخرى السائدة فى كافة أنحاء الإمبراطورية . وكان يقوم إلى جانب هذه الدويلات ، المدن الحرة ، وهى لا تخضع لملك أو أمير وإنما تتولى حكم نفسها فكانت فى الواقع جمهوريات تقوم صلتها بالإمبراطور مباشرة ، كما تقوم صلة الملوك بالإمبراطور مباشرة ، وهى مجرد تبعية شكلية . وقد تقرر لها هذا الاستقلال تشجيعا للتجارة وأهمها فى القرن التاسع عشر همبورج وبريمن ولوبك Lübeck

وقد كان من أثر حل الإمبراطورية الرومانية المقدسة فى سنة ١٨٠٦ ، أن ضعفت الرابطة التى كانت تربط الدول الألمانية بعضها ببعض وبالإمبراطور. وبعد تحرر أوربا من سيطرة نابليون سنة ١٨١٥ لم تعد الامبراطورية الرومانية إلى الوجود مرة أخرى ، بل استقر الاستقلال الحقيقى الكامل لكل من هذه الدويلات. فنشأ بينها اتحاد عرف بالاتحاد الألمانى Deutscher Bund[(١)] . وكان مجرد اتحاد بين كافة الدول والمدن الحرة الألمانية ولم تكن له أى سلطة مركزية ولا سلطة تشريعية مباشرة على أعضائه ، وإنما كان يقرر مجرد توصيات ، للأعضاء أن يأخذوها أو يرفضوها . وكان ضعيفا بسبب التنازع بين كل من النمسا وبروسيا . إذ خرجت النمسا من الحروب ضعيفة فاقدة زعامتها للإمبراطورية الرومانية المقدسة. ولم يكن الملوك والأمراء مستعدين لإعادة هذه الدولة إلى الحياة مرة أخرى ، حتى لا تكون للإمبراطور عليهم أى سلطة ولو اسمية . أما بروسيا فخرجت من الحرب قوية ، إذ ضمت إليها أكثر الأجزاء التى حررتها من سيطرة نابليون ، وكانت ترى أنها هى التى حررت ألمانيا وأوربا من نابليون بفضل قائدها بلوشر Blücher فى واترلو . وقد أصبحت فى الواقع أقوى الدول الألمانية وكانت ترى أن الزعامة من حقها . ثم بدأت حركة عامة لتحقيق الوحدة الألمانية ، تحققت الخطوة الأولى

---

(١) يلاحظ أن جميع هذه الاتحادات كانت قائمة على معاهدات بين دول مستقلة ، وليست تنظيما داخلياً لدولة اتحادية ، ولذلك تعرف بأنها من معاهدات القانون الدولى العام ، وليست تنظيماً اتحادياً داخلياً من نظم القانون الدستورى.

منها بالتوحيد الجمركى فى سنة ١٨٣٤ ، فأصبحت ألمانيا كلها ماعدا النمسا وحدة جمركية واحدة ، فألغيت كافة الجمارك فيما بينها وبين بعضها وأنشئت سلطة جمركية موحدة وهذا هو المعروف بالاتحاد الجمركى das Zollverein . وعلى أثر فشل ثورة سنة ١٨٤٨ التى قامت من الشعب لتحقيق الوحدة ، على أثر اصطدامها بالعناصر الرجعية بين الإمبراطور والملوك والأمراء ، أخفقت الآمال فى تحقيق هذه الوحدة على يد النمسا ، وأصبح من المؤكد أن دور النمسا كقوة فعالة فى الشئون الألمانية قد زال أو كاد ، حتى زال فعلا فى سنة ١٨٦٦ على أثر هزيمة النمسا على يد بروسيا ، فأنشأت بروسيا اتحاد شمال ألمانيا Norddeutscherbund .

وفى سنة ١٨٧٠ تكونت الدولة الألمانية الثانية على أثر هزيمة فرنسا فى الحرب السبعينية على يد بروسيا والدول المتحدة معها ، وانتخب ملك بروسيا إمبراطورا للدولة الألمانية وذلك باتفاق ملوك وأمراء الدول الألمانية ، وبذلك زال دور النمسا نهائيا من الشئون الألمانية . وقد تكونت على أثر ذلك حكومة اتحادية مركزية أو كما يعرف ، حكومة امبراطورية مركزية لتنسيق شئون الدفاع والسياسة الخارجية والاقتصادية . إلا أن كلا من الدول الألمانية المختلفة ظلت قائمة محتفظة بحكومتها المستقلة وشخصيتها الدولية الخاصة ، فكان لكل منها حق التمثيل السياسى الخارجى بل إنها كانت تتبادل التمثيل السياسى فيما بينها ، على أنه يلاحظ أن رئيس الحكومة الاتحادية der Reichskanzler كان فى نفس الوقت رئيس وزارة بروسيا . أما السلطة التشريعية فكانت تتكون من مجلس الاتحاد Bundesrat ممثلا للدول والمجلس النيابى Reichstag ممثلا للشعب مباشرة .

وقد ظل هذا النظام الاتحادى قائما حتى بعد سقوط الإمبراطورية سنة ١٩١٨ وقيام الجمهورية على يد فردرش ايبرت Friedrich Ebert ، وقد ظلت كل دولة قائمة فى نفس صورتها وإن كان قد حل محل الملوك والأمراء رؤساء جمهوريات ويرأس الدولة الإتحادية رئيس جمهورية الدولة der Reichspräsident . وظل هذا النظام قائما حتى سنة ١٩٣٣ حين ألغى هتلر الجمهورية وأقام الدولة الثالثة Drittes Reich . ولم يكتف ، فى سبيل تدعيم دكتاتوريته بالقضاء على استقلال الدويلات ، بل قضى

على كيانها نهائياً وحولها إلى مجرد وحدات إدارية . إلا أن مثل هذا النظام لم يكن يقدر له على الإطلاق أى دوام . فبسقوط هتلر سنة ١٩٤٥ ، أعاد مجلس الحلفاء الأعلى الدول المختلفة إلى الوجود كما كانت من قبل . كما نص دستور بون Bonn سنة ١٩٤٨[١] على هذا الشكل الاتحـــادى فعادت الدويلات المختلفة إلى شكلها السابق[٢] ، فلكل منها مجلس نيابى ودستور خاص وحكومة مستقلة ويربطها فيما بينها الدستورالاتحادى Grundgesetz ، وتقوم على أساسه الحكومة الاتحادية ويرأسها رئيس الجمهورية الاتحـادية ، ثم الوزارة الاتحادية والمجلس النيـابى Bundstag ويمثل الشعب مباشرة ثم مجلس الاتحاد Bundesrat ويمثل حكومات الدول المتحدة ويتكون من وزراء هذه الحكومات ، على أن لكل دولة عدد من الأصوات يجب أن يجرى فى اتجاه واحد ، والسلطة التشريعية الاتحادية تثبت للبرلمان الاتحادى . أما السلطة التشريعية المحلية فتثبت لبرلمان كل من هذه الدول المتحدة .

عن تاريخ القانون الألمانى :

لم يعرف الشعب الألمانى الوحدة القانونية قبل صدور مجموعة القانون المدنى فى سنة ١٨٩٦ وكان ذلك بديهياً لأن الوحدة القانونية إنما تأتى بعد إرساء الوحدة السياسية وهو ما لم يتم قبل سنة ١٨٧٠ . ففى عهد القبائل القديمة ، كان لكل قبيلة عاداتها وتقاليدها القانونية . وقد ابتدأت هذه التقاليد منذ عهد تنقل الشعوب تتخذ صورا محددة وكتب بعضها وهى التى عرفت بقوانين الشعوب Volksrechte أو كما عرفت باللاتينية Leges barbarorum مثل قوانين الفرنك الساليين والريبواريين lex Salica, léx Ribuaria وقانون السكسون Lex Saxonum

---

(١) وهو قاصر على غرب ألمانيا فقط .

(٢) وهذه الدول الحالية فى غرب ألمانيا هى : Hessen, Bayern, Baden-Württemberg, Rheinland-Pfalz ، Rheinland-Westfalen, Niedersachsen, Schleswig-Holstein, Bremen, Hamburg, Berlin.

الفريزيين Frisionum وقانون الفرنك الشاماڤوريين Francorum chamavorum ... الخ . وكانت تتميز بأنها قد تسرى على بعض أبناء القبيلة دون البعض الآخر كما فى قوانين الفاليين، فالشرقيون منهم Ostfalen يخضعون لقوانين غير تلك التى يخضع لها الغربيون منهم Westfalen . كما أن أفرادها يخضعون لها حتى وإن أقاموا فى إقليم قبيلة أخرى وهذا هو مبدأ شخصية القوانين . ولكن باستقرار السلطة المركزية وظهور الوحدات الإقليمية وقوة ملوك الفرنك ، أصبحت هذه التقاليد القبلية ، تقاليدا إقليمية يخضع لها من يعيشون فى ظل إقليم القبيلة ، وهو مبدأ إقليمية القوانين .

ولكن رغم قيام هذه السلطة المركزية ، فلم تتم الوحدة القانونية . لأن الدولة إنما تهتم بالوحدة القانونية بعد استنفادها نشاطها فى سائر النواحى الأخرى . ولكن حين فرغت الدولة فى ذلك العهد من تلك المهام الأخرى ، كان الانقسام قد عاد فساد ولم تصبح الوحدة القانونية محلا للتفكير . فلما سقطت قوانين الشعوب وتقاليدها فى القرن العاشر ، لم يجد الشعب أمامه إلا العرف الخاص بكل إقليم ، وكان هذا متفقا مع الاتجاه السياسى فى عدم الخضوع لسلطة مركزية . حقيقة أن الامبراطور والدولة المركزية كانت تملك إصدار القوانين ، إلا أن هذه القوانين فضلا عن ندرتها ، فإنها إذا ما وجدت تكون الأولية للقوانين والعادات الإقليمية الخاصة عليها . فظل القانون الخاص فى ذلك العهد قانونا قبليا ولكن فى صورة إقليمية . هذا مع استثناء اليهود الذين نظر إليهم باعتبارهم أجانبا ، وبذلك ظلوا خاضعين لمبدأ الشخصية ، أى خاضعين لقوانينهم وعاداتهم الدينية الخاصة .

ولكن منذ القرن الثانى عشر بدأت الوحدات الإقليمية ، وخاصة المدن والمقاطعات الكبيرة ، فى تحرير قوانينها وعاداتها ، وكان ذلك فى أول الأمر ، عملا خاصا باعتباره دراسة للقوانين السائدة . ولكنه لم يقتصر على القانون السائد فى إقليم معين ، بل تولى شرح النظام القانونى فى مجموعه مما يعطينا صورة واضحة عن هذا النظام وخلاصة له . وأهم أمثلة لهذا العمل هى مرآة سكسونيا das Sachsenspiegel الذى وضعه أيك فون ربكو Eike v. Repkow ثم المرآة الشقابية

das Schwabenspiegel . وقد سميت هذه التجميعات بالـكتب القانونية Rechtsbücher . كما وجدت إلى جانب ذلك تدوينات رسمية ولـكن فى نطاق أضيق ، لمدن معينة مثلا أو أقاليم صغيرة فردية ، وتسمى أحوالا Statuten ، أو تنظيمات Satzungen أو عادات Willküren ولاشك أن هذه المجموعات تسودها مبادىء موحدة ، تقوم على أساس وحدة الجنس والدين والمثل الأخلاقية والإجتماعية . ولـكنها لم تهتم باستقرار المعاملات وتوفير الوضوح القانونى للأفراد بقدر ماعنيت كل منها ، بأن تتميز بطابع خاص وتنفرد بتنظيمات خاصة ، تأكيدا لسيادة كل إقليم ؛ حتى قامت الطبقات الإجتماعية مثلا طبقة الفرسان Rittertum والفلاحين Bauernstand ثم سكان المدن die Städter ، فأصبح لـكل منها ، فضلا عن ذلك ، قانون خاص ينظمها . فوجد إلى جانب قانون الإقليم das Landrecht قانون الطبقة das Lehnrecht ، فضلا عن أن رجال الدين كانوا يخضعون للقانون الـكنسى ، كما أن اليهود ظلوا خاضعين لعاداتهم . وهذا يوضح لنا أى فوضى كانت تسود النظام القانونى .

ولـكن إصلاح هذا النظام من الداخل ، كان يتطلب سلطة مركزية قوية تفرضه، وهو ما لم يتوافر. لهذا تم الإصلاح من الخارج ، وذلك بتقبل Rezeption قانون أجنبى كان هو القانون الرومانى .

فقد بدأت فى إيطاليا فى القرن العاشر دراسة للقانون ، لا على أساس القوانين اللمباردية[١] وإنما على أساس القانون الرومانى وعلى وجه التحديد قانون جستنيان . وهو قانون أصلح للحياة من تلك النظم التى تحمل فى ذاتها علامات ضعفها وأساس القضاء عليها . فمنذ نهاية القرن الحادى عشر ، كانت مدرسة بولونيا Bologne قد افتتحت هذه الدراسة الرومانية التى بدأها إرنريوس Irnerius ثم منحها الإمبراطور فردرش الأول ، إمتيازا أصبحت بمقتضاه ، بعد أن بدأت

---

(١) هى من الشعوب التيوتونية التى غزت شمال إيطاليا واستقرت فيه ويحمل شمال إيطاليا اسمها حتى الآن ، والإسم أصله اللنجوبارد die Langobarden ثم حرفت الى اللومباردياه .

بدراسة القانون الكنسى على أساس مجموعة جراتسيان Gratian وانضمت إليها بعض المدارس الأخرى ، أول جامعة فى أوربا . وهكذا أصبح القانون الكنسى الذى يفترض فى أساسه تطبيق القانون الرومانى ، مندمجا مع هذا اندماجا وثيقا استمر حتى العصر الحاضر .

وقد نزح ، منذ القرن الثالث عشر ، كثير من الألمان للدراسة فى بولونيا وخاصة لدراسة القانون . وقد أقر الأباطرة والملوك ذلك باعتبارهم خلفاء أباطرة الرومان وباعتبار الدولة الرومانية المقدسة خليفة الدولة الرومانية القديمة . ويبدو أثر القانون الرومانى واضحا فى مرآة الشقابيين . كما بدأت فى حاشية Glosse على مرآة سكسونيا محاولة للتوفيق بين القانون الألمانى من ناحية وبين القانون الرومانى Leges والقانون الكنسى Canones من ناحية أخرى . كما أنه منذ نشأت الجامعات فى ألمانيا منذ منتصف القرن الرابع عشر (أولاها براغ ثم هيدلبرج) لم يطرأ أى تغيير على رحيل الألمان إلى إيطاليا لدراسة القانون . فضلا عن أن هذه الجامعات نفسها قامت بدراسة القانون الرومانى والقانون الكنسى(١) . وكان لهؤلاء الذين حصلوا على الدكتوراه فى القانون Doktoris iuris مكانة رفيعة فى ألمانيا حتى أنهم اعتبروا فى مرتبة الأشراف ، ووكلت إليهم وظائف الدولة والسفارة ، واتجه الناس إليهم فى المسائل الغامضة لاستطلاع آرائهم . وبهذا كانت تتاح لهم الفرصة دائماً لتطبيق القانون الرومانى الذى تعلموه وإرساء قواعده فى العمل . وبهذا استقر فى العمل على مر الزمن ما يسمى بالتقبل النظرى Theoretische Rezeption للقانون الرومانى . أى أنه تقبل علمى لأنه لم يقم على أساس نص تشريعى . وقد تم ذلك على أساس التصور السابق الإشارة إليه ، من أن الأمة الألمانية ليست إلا استمرارا للدولة الرومانية القديمة ، وأن أباطرة الألمان هم خلفاء أباطرة الرومان . وأن القوانين التى وضعها هؤلاء هى فى حقيقتها قوانين إمبراطورية لرعايا الدول الألمانية . وقد ساعد على ذلك ما ساد هذا العصر

---

(١) كانت أغلب المؤلفات القانونية فى ألمانيا ، حتى أواخر القرن الثامن عشر تكتب باللغة اللاتينية . كما أن رسائل الدكتوراه فى القانون ظل أغلبها حتى أواخر القرن التاسع عشر يكتب باللغة اللاتينية . وحتى الوقت الحاضر فإنه يجب قبل تقديم رسالة الدكتوراه فى القانون إلى جامعة ألمانية ، تقديم بحث باللاتينية شرحا لإحدى مسائل القانون الرومانى . ويسمى Exegese .

من نزعة كلاسيكية تعود إلى آثار الأقدمين من يونان ورومان تبحثها وتعمل على تطورها والأخذ بها ، ثم نفوذ الكنيسة الذى كان يجذب النظر إلى روما دائماً . كما أنه كان من الطبيعى نتيجة لحالة الفوضى القانونية التى سادت فى ذلك العصر ، أن اتجه الشعور بضرورة الحال باحثا عن قانون أرقى من كل القوانين الضعيفة المتفرقة ، كما كان من الطبيعى أن يكون ذلك هو القانون الرومانى . وبهذا تم التقبل الفعلى أو العملى Praktische Rezeption للقانون الرومانى ، وأدى ذلك إلى تغير كبير فى النظام القانونى الألمانى . إذ لم يعد قضاة القبائل القدامى die Schöffen قادرين على تطبيق القانون ، لعدم إلمامهم به ، فابتدأ فقهاء القانون الرومانى يحلون محلهم . فلما أنشئت محكمة الدولة Das Reishskammergericht فى سنة ١٤٩٥ ، نص على أن يكون نصف الأعضاء على الأقل من فقهاء القانون doctoris iuris ، ثم نص فى سنة ١٥٢١ على وجوب أن يكون النصف الآخر من العالمين بالقانون على قدر الإمكان . وكان واجب هذه المحكمة أن تحكم طبقا للقوانين الامبراطورية العامة ومنها فى المحل الأول القانون الرومانى . وقد تبع مثل هذه المحكمة ، محاكم الملوك والأمراء ، ثم بعض المحاكم العليا فى المدن . أما المحاكم الصغرى فلم تخضع لهذا التنظيم إلا تدريجيا وبعد تطور استمر عهدا . إلا أن القانون الرومانى تسلل إليها تدريجياً ، إذ أصبحت تعود فى المسائل الخلافية أو الغامضة إلى أساتذة الجامعات تستفتيهم ، وهؤلاء إنما يفتون طبقا للقانون الرومانى . وهذا النظام هو أصل النظام المعروف فى الإجراءات الألمانية بنظـــام إرسال الأوراق . Aktenversendung

وفى منتصف القرن السادس عشر كان القانون الرومانى قد ساد فى جميع أنحاء الدولة الألمانية ، بحيث يمكن القول أن الشعب قد وضع نفسه ، من تلقاء نفسه وبرضاه تحت وصاية طبقة رجال القانون ، الذين تكونوا تكوينا رومانيا . وهؤلاء عملوا على إقحام القانون الرومانى فى كافة نواحى الحياة الألمانية ، حتى تلك التى تختلف بطبيعتها اختلافا كبيرا عن النظم الرومانية ، مما أدى فى النهاية إلى عدم نجاح بعض تلك المحاولات التى غالت فى التطرف . كما كان من أثر ذلك ، أن عاق نمو القانون الجرمانى وتطوره إلى حد كبير .

إلا أن تقبل القانون الرومانى لم يكن مطلقا وإنما كان مقيدا بحدود .

١ — فالقانون الرومانى الذى تقبل ، ليس هو القانون الرومانى فى مجموعه ، إنما هو ذلك القانون فى الصورة التى عرفتها مدرسة بولونيا فقط ، أى مجموعة جستنيان فقط . إذ تطبيق هذه المجموعات وحدها ، هو الذى يمكن أن يقوم بالنسبة له أنه قانون لإمبراطور رومانى يسرى بالنسبة للدولة الرومانية الجديدة كذلك ، طبقا لقاعدة translato imperii Romani ، أى انتقال ما كان لأباطرة الرومان إلى إمبراطور الدولة الرومانية المقدسة . فالتقبل لم يتم بأمر إمبراطورى أو عمل تشريعى ، وإنما تم خلال العرف الألمانى . وبهذا ظلت تلك الأجزاء من القانون الرومانى التى تتعارض مع الوعى القانونى الألمانى ، خارجة عن الاعتبار ، فلم يقدر لها أن تكتسب قوة فى العمل . كذلك لم يؤخذ ، لنفس السبب ، بتلك الأجزاء من مجموعة جستنيان التى تركتها مدرسة بولونيا ولم تأخذ بها ، كما هو الحال فى نطاق قانون الأسرة . ونشأت عن ذلك قاعدة أن النص الذى لم يحاش لا يعمل به "quod non agnoscit glossa, non agnoscit curia nec forum" وقد أدى هذا إلى تشكل القانون الرومانى بطابع خاص اكتسبه من العمل .

٢ — لم يكن القانون الرومانى فى ألمانيا قانونا أصليا ، وإنما قانونيا احتياطيا subsidiäres Recht . فالقانون الرومانى اتخذ صورة قانون إمبراطورى ، فكان شريعة عامة مشتركة مطبقة فى كل أنحاء الدولة الألمانية . ومن هنا كانت صفته الاحتياطية طبقا لقاعدة « أن الاتفاق أو العادة الخاصة تنقض قانون المدينة ، وقانون المدينة ينقض قانون الدولة وقانون الدولة ينقض قانون الدولة العامة أو القانون الامبراطورى » "Willkür bricht Stadtrecht, Stadrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht Reichsrecht oder Kaiserliches Recht".

وبهذا كان تطبيق القانون الرومانى قاصرا على تلك الأحوال التى لا يكون فيها عادة خاصة أو قانون خاص بالمدينة أو الدولة .

وقد استمر هذا القانون (الإمبراطورى) العام ، الرومانى المصدر ، مطبقا فى الدولة الألمانية ، يكمله العرف ويعدله فيعطيه قالبه ليوائم التفكير القانونى

الألمانى وحاجات الحياة الألمانية . ذلك أن التشريعات الإمبراطورية ، وخاصة فى نطاق القانون الخاص ، كانت بالغة الندرة : ومثلها قانون الموثقين الصادر سنة ١٥١٢ وهو يتعلق بشكل الوصية، وقرار شبير الامبراطورى Reichsabschied zu Speyer الصادر سنة ١٥٢٩ وهو خاص بمسألة متعلقة بقانون الإرث ، ثم قرارات للدولة متعلقة بالأمن Reichspolizeiordnungen صادرة فى ١٥٢٠ و ١٥٤٨ و ١٥٧٧ وخاصة ببيع الريع وبتقرير الفوائد ثم بحقوق اليهود ونظام الوصاية. وقد أدت هذه القوانين الإمبراطورية ، فى حدودها الضيقة ، إلى تعديل القانون الرومانى . ولكنها من ناحية أخرى وقفت إلى جانبه ولم تكن لها إلا صفة احتياطية مثله . فكان قانون الإمبراطورية يأتى فى المحل الثانى بعد قوانين الدويلات . وقد خلف قوانين الامبراطورية فى الفترة بين ١٨١٥ و ١٨٧٠ قرارات الاتحاد الألمانى ثم اتحاد شمال ألمانيا ، ثم عادت القرارات الامبراطورية من سنة ١٨٧٠ حتى صدور القانون المدنى . وحينئذ انقلبت القاعدة فزالت الصفة الاحتياطية للقوانين الامبراطورية، فأصبحت القاعدة أن قانون الدولة ينقض قانون الدويلات وأن هذا ينقض بدوره قانون المدن وأن هذا الأخير ينقض العادات الخاصة .

كما قام إلى جانب القانون الرومانى القانون الكنسى Kanonisches Recht. وأما ما تقبل منه فى ألمانيا فهو فقط المجموعة المسماة Corpus iuris canonici clausum وتتكون مما يأتى :

١ — مجموعة جراتسيانى Decretum Gratiani وتسمى concordantia discordantium canonum. وهى تجميع خاص ظهر فى منتصف القرن الثانى عشر وتحتوى صيغ مبادىء قانونية يشير المؤلف إلى مواضعها من الكتاب المقدس وأقوال آباء الكنيسة وقرارات المجامع الكنسية والأوامر البابوية والقانون الرومانى والتقاليد الفرنكية . أما ما تقبل منها فى ألمانيا فلم يكن تلك الصيغ وإنما فقط تلك الإشارات إلى المصادر ، وبنفس القوة التى تعترف بها الكنيسة فقط .

٢ — مجموعة المراسيم البابوية التى جمعها البابا جريجور التاسع Gregor IX فى سنة ١٢٣٤ .

٣ — مجموعة المراسيم البابوية التي جمعها بونيفاسيوس الثامن Bonifacius VIII في سنة ١٢٩٨ وتحمل اسم liber sextus وتضم بصفة أساسية مراسيم جريجور التاسع حتى بونيفاسيوس الثامن .

٤ — مجموعة كليمنس وتحمل اسمه Clementinen وهي مجموعة مراسيم جمعها البابا كلمنس الخامس Clemens V في سنة ١٣١٤ .

٥ — أما المراسيم التي لم ترد في إحدى هذه المجموعات فليست جزءاً من القانون الكنسي . وعلى عكس ذلك فإن قرارات مجمع تريدنتين Tridentin واسمها Tridentiner Conzil وخاصة فيما يتعلق بقانون الزواج تعتبر من المصادر. وأوفى مجموعات القانون الكنسي هي تلك التي أصدرها فريدبرج Friedberg في سنة ١٨٧٩ إلى سنة ١٨٨١ .

وإلى جانب هذا ، فقد ظلت القوانين الألمانية الخاصة والعادات والعرف الألماني نافذة وتسمى Partikularrechte أي تلك القوانين المحلية في كل دولة أو إمارة أو مدينة أو إقليم ، وهي جرمانية المصدر والطابع ؛ وعن طريقها وصلت إلينا مبادىء القانون الجرماني حتى تمكن الفقهاء الجرمانيون في القرن الثامن عشر أن يستخلصوا منها قواعد هذا القانون ومبادئه الأساسية .

وقد كان للمكانة التي كانت لمرآة السكسون قيمة كبرى في تطور هذه القوانين الخاصة die Partikularien حيث سادت في أغلب جهات شمال ألمانيا . وقد أنشىء على أساسها وعلى الحواشي التي أجريت عليها وحوول فيها التوفيق بينها وبين الأفكار الرومانية ، فقه وقضاء جرمانيان خالصان ، قاما في مقابلة النزعة الرومانية وكونا ما يسمى بالقانون العام السكسوني das gemeine Sachsenrecht . ثم تدخل المشرع ليزيل آثار الخلاف بين القوانين الخاصة والقانون الروماني العام ، ولكن بإصدار تشريعات فردية بدلا من وضع تنظيمات عامة ، وقد نص في كثير منها على أن يكمل العرف بالقانون الإمبراطوري العام . ولم تكن هذه مجرد تقنينات لما هو سائد وإنما كانت في كثير من الأحوال تتضمن إصلاحا لهذه

النظم(١) . ثم وضعت بعد ذلك قوانين لأقاليم كبيرة بأكلها أو دويلات بأكلها وأولها وأهمها قانون دولة باڤاريا das bayerische Landrecht الصادر سنة ١٥١٨ ثم أعيد النظر فيه فى سنة ١٦١٦ ثم فى سنة ١٧٥٦ من Frherrn. v. Kreitamayer تحت اسم Codex Maximilianeus bavaricus civilis (٢)

---

(١) مثلا : إصلاح نيرنبرج Nürenberg : Nürenberger Reformation الصادر سنة ١٤٧٩ ثم أعيد النظر فيه فى سنة ١٥٢٢ وسنة ١٥٦٤ . ثم إصلاح ڤورمز Wormser Reformation سنة ١٤٩٨ . ثم أحوال فريبرج فى برزجاو Statuten von Freiburg i.B. التى وضعها Ulrich Zasius سنة ١٥٢٠ . وكذلك إصلاح فرنكفورت على المين Reform. Frank. a. M. الصادر سنة ١٥٧٥ وأعيد النظر فيه فى سنة ١٦١١ ووضعه Fichard . ثم إصلاح لينبرج Lünburger Ref. من ١٥٧٧ إلى ١٥٨٣ . ثم أحوال لوبك die Statuten v. Lübeck سنة ١٥٩٦ . ثم أحوال همبرج من ١٦٠٣ إلى ١٦٠٥ .

(٢) كذلك قانون دولة بادن das badische Landrecht وضعه Ulrich Zasius ألريش تسازيوس فى سنة ١٥١١ .

كذلك قانون دولة ڤرتمبرج das Württembergische الصادر سنة ١٥٢٥ وأعيد النظر فيه فى سنة ١٥٦٧ ثم فى سنة ١٦١٠ .

نظام القضاء والدولة فى مقاطعة سولمو Gerichts u. Landsordnung der Graff-schaft Solmo سنة ١٥٧١ . دساتير إمارة سكسونيا الصادرة ١٥٧٢ ثم تبعها فى سنة ١٦٦١ وسنة ١٧٤٦ عدة قرارات انتخابية .

قانون دولة فريزيا الشرقية Ostfriesische Landrecht الصادر سنة ١٥١٥ .

الدستور اليواخيمى die Konstitutio Joachimica الصادر سنة ١٥٢٧ لولاية براندنبرج Mark .

القانون الدبمارى das Dithmarische Landrecht الصادر سنة ١٥٦٧ وكان معمولا به فى بعض أجزاء هولشتين Holstein .

قانون ماينز das Mainzer Landrecht سنة ١٧٥٦ .

قانون إمارة ترير das Kurtrierieche سنة ١٦٦٨ إلى سنة ١٧١٤ .

قانون كتسن إلنبوجن das Katzenelenbogener سنة ١٥٩١ .

نظام المحاكم والدولة لدولة ناساو كتسن إلنبوجن Nassauer Katzenelenbogen الصادر سنة ١٦١٦ .

نظام القضاء الفرنكى die Frankische Landgerichtsordnung الصادر سنة ١٦٨١ لأسقفية ڤرتسبرج Würtzburg

وقد ظلت جميع هذه القوانين نافذة فى تلك الأنحاء إلى أول يناير سنة ١٩٠٠ حين أصبحت مجموعة القانون المدنى نافذة .

وقد كونت هذه المصادر جميعا وهى القانون الرومانى والقوانين الإمبراطورية والقانون الكنسى ثم القوانين الخاصة والعادات الخاصة ، النظام القانونى الذى ساد فى ألمانيا حتى نفاذ مجموعة القانون المدنى وعرف باسم الشريعة العامة المشتركة das gemeine Recht أو كما عرف فى القرن التاسع عشر بقانون الباندكت das pandektenrecht نسبة إلى أهم هذه المصادر وهى القانون الرومانى وإلى مجموعات جستنيان : الباندكت بوجه خاص .

كما يلاحظ أنه حتى تلك الصفة الاحتياطية للقانون العام الرومانى ، قد استبعدتها فى العصور الحديثة قوانين بعض الدول الألمانية ، وذلك لتزيل كل غموض أوخلاف فى تطبيق القانون . وذلك بأن أخذت فى تقنيناتها ببعض الحلول الرومانية التى رأتها مناسبة وأن العمل يحتاج إليها . فهى قد قامت إذن بالتوفيق بين الحلول الرومانية والحلول الجرمانية المتضمنة فى القوانين الخاصة . وكانت كل هذه التقنينات ألمانية بحتة عدا واحدا منها كان أجنبيا ، وساد فى الشاطىء الأيسر من الرين ، وهو مجموعة نابليون .

١ — وأول من بدأ هذا الاتجاه هو فردريش الأكبر ، الذى لم يرد فقط أن يكمل الشريعة العامة وإنما أراد أن يحل تقنينا جديدا محلها . وقد عاقه عن ذلك حرب السنوات السبع فى سنة ١٧٥٥ . وبعد ذلك وضع الفقيه كارل جتليب سفاريتز Carl Gottlieb Svarez مشروعا استغرق من سنة ١٧٨٤ إلى سنة ١٧٨٨ صدر سنة ١٧٩١ وعمل به من سنة ١٧٩٤ باعتباره قانونا عموميا للدول البروسية Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten ويمتاز هذا القانون بأنه جعل للقوانين الخاصة ، فيما عدا استثناءات معينة المحل الأول عليه . فهو قد ألغى القانون الإمبراطورى (الرومانى المصدر) الاحتياطى ليحل محله باعتباره قانونا احتياطيا كذلك .

٢ — كذلك أرادت منافسته الإمبراطورة ماريا تيرزيا Maria Theresia أن تضع تقنينا فى سنة ١٧٥٣ ولكن العمل تعطل فى سنة ١٧٧٦ . ثم أعيد البدء

فيه فى عهد ابنها الإمبراطور يوسف الثانى Joseph II ، ثم صدر بعد إعداد طويل فى سنة ١٨١١ باسم القانون المدنى النمسوى العمومى Allgemeines Österreich-isches Bürgerliches Gesetzbuch — ولم يكتف هذا بإلغاء الشريعة العامة كمصدر احتياطى للقانون وإنما ألغى كذلك كافة القوانين الخاصة .

٣ — ثم صدرت مجموعة نابليون سنة ١٨٠٤ ، وكان مطبقا فى الأجزاء التى ضمها نابليون إلى فرنسا ثم انفصلت عنها عقب سقوطه فى سنة ١٨١٥ ، كما كان ساريا فى دوقية برج العظمى Grossherzogtum Berg . وهو قد ألغى كذلك جميع القوانين الخاصة وكفلت له وحده السيادة .

٤ — أما قانون دولة بادن das Badische Landrecht الصادر سنة ١٨٠٩ فلم يكن إلا ترجمة لمجموعة نابليون تختلف فى بعض الأحيان عن إهمال أو عمد .

٥ — وفى سنة ١٨٦٣ صدرت مجموعة القانون المدنى السكسونى das Sächsiche B. G. B. بعد إعداد طويل . ونفذ اعتبارا من أول مارس سنة ١٨٦٥ . وقد ألغى كذلك كافة القوانين العامة والخاصة .

وبإنشاء اتحاد شمال ألمانيا فى سنة ١٨٦٦ وجدت مرة أخرى سلطة مركزية تملك التشريع للدول المنضمة إليه ، وذلك طبقا للمادة الثانية من دستور ٢٥ يونية سنة ١٨٦٧ على أن تكون لقوانين الاتحاد الأولوية على قوانين الدول . وأصبح هذا هو الحال حين نشأت الدولة الألمانية فى سنة ١٨٧٠ إذ نصت على ذلك المادة الثانية من دستور الإمبراطورية الصادر فى ١٦ أبريل سنة ١٨٧١ ، وبهذا تغير الموقف القانونى إذ أصبح قانون الدولة الإمبراطورية هو الذى ينقض قانون الدول المتحدة . وقد رفع اتحاد شمال ألمانيا عدة قوانين هامة كان الاتحاد الألمانى المنشأ سنة ١٨١٥ قد وضعها مثل القانون التجارى وقانون الكمبيالة إلى مرتبة القوانين الاتحادية فأصبحت بذلك نافذة فى كافة أنحاء الدول الأعضاء . وبإنشاء الدولة الألمانية سنة ١٨٧٠ التى كانت استمرارا وتوسيعا لاتحاد شمال ألمانيا فاعتبرت القوانين التى أصدرها هذا ، قوانينا عامة للدولة الإمبراطورية مثل قانون

التجارة وقانون الكمبيالة . وفى ٢٠ ديسمبر ١٨٧٣ وسع اختصاص الدولة المركزية بحيث يشمل كافة نطاق القانون المدنى . ثم تبعته عدة تشريعات أخرى مثل قوانين التقاضى Reichsjustizgesetze الصادرة سنة ١٨٧٧ التى نظمت التقاضى وإجراءاته فى كافة أنحاء الإمبراطورية الألمانية .

بعد هذا نعود مرة أخرى إلى إيضاح المقصود بالقانون الرومانى الذى تقبل فى ألمانيا ونبين مراحل تطوره حتى انقضى تطبيقه من ألمانيا ابتداء من أول يناير سنة ١٩٠٠ .

فالقانون الرومانى المقصود هو ذلك القانون فى الصورة التى عرفته بها مدرسة بولونيا أى فى صورة مجموعات جستنيان فقط . وقد ترك جستنيان مجموعات أربعة هى النظم Institutionen والباندكت Pandekten والتقنين Kodex ثم القوانين الجديدة Novellen ، وقد عرف مجموع هذا العمل منذ عهد المحاشين بجامع القانون المدنى Corpus iuris civilis .

فالقانون الرومانى قبل جستنيان أو بعده ، ليس هو المقصود عند الكلام عن الباندكت فى الشريعة الألمانية العامة ، وذلك أن مجموعات جستنيان كانت وحدها المعروفة لدى مدرسة بولونيا . وفى هذه الصورة فقط كان تقبل القانون الرومانى فى ألمانيا، بل إن نفس مجموعات جستنيان لم تكن كلها معروفة لمدرسة بولونيا. وضابط ما عرفته المدرسة هو ما حاشته فقط ولهذا نشأت قاعدة أن ما لم يحاش ليس له قوة قانونية quiquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia. أما سبب عدم المحاشاة فهو إما أن يكون النص كان غير معروف لفقهاء بولونيا وإما أنهم رأوا عدم ملاءمة تطبيقه . فعلى أساس السبب الأول ، تركت جميع الدساتير اليونانية من التقنين codex . وعلى أساس السبب الثانى حاشوا ٩٦ قانونا فقط من ١٣٤ قانونا التى تحتويها المجموعة الجديدة Novellen .

أما عمل مدرسة بولونيا فكان هو دراسة النصوص وشرحها والتعليق عليها ولذلك سميت بمدرسة أصحاب الحواشى die Glossatoren إذ قاموا بإثبات شروحهم فى حواش على النصوص . وقد أنشأ هذه المدرسة إرنريوس Irenerius المتوفى حوالى سنة ١١٢٥ . وقد بدأت المدرسة منذ نهاية القرن الحادى عشر واستمرت

إلى منتصف القرن الثالث عشر . ولكن لم يقتصر عمل هؤلاء الفقهاء على دراسات فردية متفرقة للنصوص ، بل قاموا بمقارنة النصوص المتعلقة بنفس الموضوع بعضها ببعض ، وبهذا ساهموا فى المجهود المبذول لفهم تلك المصادر . أما ما يؤخذ عليهم فهو أن طريقة بحثهم لم تكن طريقة تاريخية إذ كانت تنقصهم المعلومات التاريخية والفهم التاريخى . فلم يكن مضمون القانون الرومانى فى نظرهم نتيجة تطور استغرق قرونا طويلة ، وإنما كان فقط ذلك العمل الذى قام به جستنيان . وآخر فقهاء هذه المدرسة أكورزيوس Accursius الذى جمع حواشى سابقيه مع حواشيه فى مجموعة كانت هى نتاج هـــذه المدرسة وتعرف بالحاشية العادية Glossa ordinaria.

أما فى النصف الثانى من القرن الثالث عشر فقد بدأت طريقة البحث تتغير وإن ظل العيب التاريخى قائما ، إذ بذل الفقهاء جهدا فى الوصول إلى صيغ تكاد تكون خاوية ؛ وأهملوا لب الموضوعات . ثم تركوا النصوص نفسها وابتدأوا يدرسون الحواشى فقط ولهذا سميت مدرستهم بمـــدرسة المعلقين die Kommentatoren أو تابعى المحاشين die Post-Glossatoren . وقد استمر ذلك طوال القرنين الرابع عشر والخامس عشر . أما ما بدأ فى القرن الثالث عشر من دراسات للحضارات القديمة فلم يبد أثرها فى نطاق القانون إلا فى عهد متأخر . أما المميز الأساسى لهذه المدرسة والذى يفرقها عن مدرسة المحاشين فهو اتجاهها العملى إذ حاولت أن توائم النصوص الرومانية بواقع العلاقات القانونية ، ميسرة بذلك أمر تطبيقها ، وأهم فقهـــاء هذه المدرسة بارتولوس دى ساسوفيراتو Bartolus die Sassoferrato (١٣١٤ — ١٣٥٧) .

وفى نهاية القرن الخامس عشر ضعف أمر هذه المدرسة وأصبحت طريقتها منتقدة . إذ عاد البحث العلمى إلى المصادر الأصلية مباشرة وبدأ يظهر أثر عصر النهضة فى نطاق القانون . وهكذا بدأت لأول مرة ، محاولة فهم القانون الرومانى فهما تاريخيا . وقد تم ذلك على يد المدرسة الفرنسية التى يقترن اسمها باسم كوياسيوس Jacobus Cujacius (١٥٢٢ — ١٥٦٠) . وقد بدأت كذلك

طريقة البحث تبتعد عن طريقة الدراسات المتفرقة لكل نص منفرد على حدة واتجهت إلى الطريقة العلمية أو النظامية Systematisch وذلك بمحاولة إقامة نظام علمى لعلم القانون . ويقترن ذلك باسم الفقيه هوجو دونيللوس Hugo Donellus (١٥٢٧ — ١٥٩١) . ولم يكن لهذه المدرسة أثر كبير فى ألمانيا، ولكن ممن أخذوا فى ألمانيا بالنظرة الفلسفية الفقيه ألريش تسازيوس Ulrich Zassius (١٤٦١ — ١٥٣٥) .

أما الاتجاه الثانى ، فقد ابتدأ يظهر فى ألمانيا منذ أوائل القرن السادس عشر دون الاتجاه الأول . فبينما نمت المدرسة الفرنسية وتطورت خلال القرنين السابع عشر والثامن عشر وخاصة فى هولندا ، فقد انصرف الفقه الألمانى إلى تهيئة القانون الرومانى للتطبيق القضائى ، واستغرق هذا الجهد القرن السادس عشر حتى القرن الثامن عشر . ولم يكن لهذه المدرسة الألمانية أثر كبير يذكر فى التعمق فى دراسة القانون الرومانى ، ولكن عملها الأساسى كان دراسة النظم الرومانية مقارنة إياها بالعادات الألمانية ووجهات النظر المعاصرة ، كما هيأته للتطبيق العملى وأعطته الطابع الذى تميز به فى ألمانيا ، ولهذا سمى هؤلاء الفقهاء بالتطبيقيين أو العمليين die Praktiker . ونجد منهم من تشيع للقانون الرومانى بصفة مطلقة وهؤلاء هم المسمون بمؤلفى المحاكم Kameralschriftsteller . ولكن قام إزاءهم فقهاء تمسكوا بالقانون الألمانى هم فقهاء المدرسة السكسونية Sächsiche Juristen لأنهم وجدوا فى مرآة سكسونيا تعبيرا واضحا عن هذا القانون الجرمانى فتمسكوا به . وأهمهم هرتمان بستورس Hartmann Pistoris (١٥٤٣ — ١٦٠١)

ولكن كان لفلسفة القانون الطبيعى التى ظهرت فى الربع الأخير من القرن السابع عشر أثر كبير فى إقامة المبادىء الأساسية للقانون الرومانى وتكوين نظمه، كما عملت على تدعيم الأساس الذى يستند إليه تطبيق القانون الرومانى فى ألمانيا . فبحثت مضمونة بحثا علميا عميقا أدى إلى الخروج عن طريقة تقرير الأحكام فى الحالات الفردية إلى وضع نظم قانونية بالمعنى الصحيح . وقد كان لهذه المدرسة أكبر الأثر على التشريعات التى وضعت فى نهاية القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر وأهمها مجموعة نابليون .

ولكن بنهاية القرن الثامن عشر وبدء القرن التاسع عشر ، عادت الطريقة التاريخية فى بحث القانون الرومانى إلى الظهور ، على أنها كانت فى هذه المرة هى المدرسة الناجحة . فقد نظرت إلى القانون الرومانى باعتباره نتيجة لتطور طويل الأجل وتوصلت بهذه الطريقة إلى إدراك المبادىء الأساسية للقانون الرومانى وفهم نظمه وإقامتها على أساس علمى ، وتعرف هذه المدرسة بالمدرسة التاريخية . وقد وضع أساسها جستاف هوجو Gustav Hugo (١٧٦٤ — ١٨٤٤) ولكن زعيمها الأكبر دون منازع هو فردرش كارل فون سـافينى Friedrich K. v. Savigny (١٧٧٩ — ١٨٦١) . وتختلف هذه المدرسة عن المدرسة التاريخية القديمة فى القرن السادس عشر ، فى أنها حاولت دراسة تطور القانون الرومانى على أساس تطور علاقات الحياة نفسها دون الاكتفاء بالصيغ الرومانية ، وإنما بإقامة مبادىء عامة تنتظم الأفكار الأساسية والحلول العملية لعلم القانون . فهى تجمع إلى الطريقة التاريخية ، الطريقة العلمية النظامية فى البحث . ومن أهم من برزوا فى هذا الاتجاه أكبر تلامذة Savigny وهو جورج فردرش بوختا Georg F. Puchta (١٧٩٨ — ١٨٤٦) . وقد استمرت المدرسة التاريخية هى السائدة خلال عهد طويل .

أما المعارضة التى لقيتها المدرسة التاريخية فقد قامت فى اتجاهين .

الاتجاه الأول وهو المدرسة الفلسفية التى قامت مع المدرسة التاريخية فى نفس الوقت منذ البداية . ولم تكن طريقة البحث هى مدار الخلاف وإنما مداره مسألة كيف تنشأ قاعدة القانون الوضعى positives Recht . فبينما تؤكد المدرسة التاريخية أن هذه القاعدة لا يمكن أن تنشأ إلا نتيجة لتطور تاريخى ، تؤكد المدرسة الفلسفية إمكان نشوء هذه القواعد من تلقاء نفسها autonome . وقد قام النزاع على أثر السؤال الذى ألقاه أنتون يوستوس تيباوت Anton justus Thibaut, (١٧٧٢ — ١٨٤٠) عما إذا لم يكن من المناسب بعد تحرير الوطن الألمانى من الفرنسيين ، تحرير القانون الألمانى كذلك من كل أثر أجنبى بإنشاء مجموعة قانون موحدة لكل الوطن الألمانى . وقد أنكر سافينى فى بحثه المنشور سنة ١٨١٤ عن « وظيفة عصرنا فى علم القانون والتشريع » ، ملاءمة العصر لهذا العمل التشريعى الموحد وأكد ضرورة البدء بتحسين حالة القانون عن طريق الفقه لا التشريع . وقد بين سافينى فى هذا البحث برنامج المدرسة التاريخيـة من أن

القانون لايخلق وإنما هو ينشأ ويتطور مع الشعب نفسه . وكان رأى Thibaut على عكس ذلك .

كما أن جزءا من المدرسة الفلسفية بين أن الطريقة التاريخية فى البحث القانونى هى بالنسبة لعلم القانون باعتباره علما عمليا ، لايمكن أن تكون غاية فى ذاتها وإنما هى وسيلة لغاية .

إلا أن المعارضة التى لقيتها المدرسة التاريخية ظهرت فى اتجاهات معارضة أخرى ، فتزعم بكر Bekker النقد بأنها لم تكن تاريخية بقدر كاف وأنها لم تتخلص تماما من آثار القانون الطبيعى . أما الاتجاه الآخر فقد تزعمه شتاملر Stammler من أنها أهملت العوامل الفلسفية ولم تبين ماذا يجب أن يصبح قانونا ، ثم هاجمها أرنج Ihering بأنها تؤكد الجانب المنطقى للقانون وتهمل « الغرض » العملى .

على أن الهجوم الأخير الذى لقيته المدرسة التاريخية فى عصورها الأخيرة قد اقتصر على مهاجمة سيادة القانون الرومانى فى ألمانيا بحجة أنه قانون أجنبى ألحق أبلغ الضرر بالقانون الجرمانى وعاق تطوره . وبهذا نشأ الخلاف بين الرومانيين Romanisten والجرمانيين die Germanisten . وقد نشأت مدرسة الجرمانيين نشوءا علميا بعد أن قام كارل فردرش أيشهورن Carl Fr. Eichhorn (١٧٨١ — ١٨٥٤) بتجميع المبادىء الأساسية للقانون الجرمانى . وزعماء هذه المدرسة كيرولف J. F. Kierulff وبزلر G. Beseler ثم أخيرا أوتو فون جيرك Otto v. Gierke الذى هاجم مستندا إلى هذا الأساس المشروع الأول لمجموعة القانون المدنى ثم أصدر كتابه الهام القانون الخاص الألمانى . Deutsches Privatrecht فى سنة ١٨٩٥ .

أما طريقة عرض علم القانون فقد ظلت طريقة الشراح die exegetische Methode هى السائدة حتى القرن السابع عشر . ومنذ ذلك الحين بدأت طريقة أخرى هى معالجة القانون الرومانى طبقا لترتيب عناوين الباندكت ولكن مع الحرية الكاملة داخل العنوان الواحد ، وذلك بفحص كل ماتعلق بهذا العنوان ولو ورد تحت أبواب أخرى وهذه الطريقة هى المسماة بالترتيب التشريعى Legal Ordnung . والكتاب الجامع الأساسى الذى اتخذ هذه الطريقة وكان كالا لها قبل ظهور كتاب Savigny هو كتاب جلوك Glück

فى الباندكت . ثم ظهرت بعد ذلك الأبحاث النظامية وكانت فى بادىء الأمر متفرقة ثم ابتدات منذ نهاية القرن الثامن عشر تترك ترتيب الباندكت نهائيا ، ولكنها اتخذت الترتيب الذى اتبعه كتاب النظم Institutionen . أما الطريقة التى سادت فى القرن التاسع عشر وكانت هى الطريقة النهائيه فى فقه القانون الرومانى ، فهى تلك التى وضعها هوجو Hugo أولا فى كتابه نظم القانون الرومانى المعاصر Institution n des Heutigen römischen Rechts الصادر فى سنة ١٧٨٩ ثم هيز Heise فى كتابه Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts الصادر سنة ١٨٠٧ . وأما الكتاب الأكمل الذى أعطى هذا الوضع صيغته النهائية فهو كتاب سافينى المسمى نظام القانون الرومانى المعاصر System des heutigen römischen Rechts الصادر من ١٨٤٠ إلى ١٨٤٩ فى ثمان أجزاء ولكنه لم يكتمل الأسف إذ لم يشمل إلا جزءاصغيرا من القانون الرومانى . ويبدأ هذا الترتيب بتقسيم العلم القانونى أقساما ستة هى :

١ — فى القانون بصفة عامة .

٢ — فى الحقوق بصفه عامة .

٣ — فى قانون الاشياء Sachenrecht

٤ — فى قانون الالتزامات أو المداينات Obligationenrecht & Schuldverhältnisse

٥ — قانون الأسرة Familienrecht

٦ — قانون الإرث Frbrecht

هذا ويضم الجزء الثانى إلى الجزء الأول تحت عنوان القسم العام Allgemeiner Teil ثم يقدم قانون المداينات على قانون الأشياء . مع ملاحظة أن قانون الأشياء ينظم الأشياء فى حكم القانون والحقوق العينية الواردة عليها .وهذا التقسيم هو نفس التقسيم الذى اتبعته مجموعه القانون المدنى الألمانى .

مجموعة القانون المدنى الألمانى Bürgerliches Gesetzbuch

لم يحقق تقبل القانون الرومانى فى ألمانيا ما كان يصبو إليه الشعب الألمانى دائما من وحدة قانونية . وقد ظهرت هذه الرغبة فى تحقيق الوحدة القانونية بوضع مجموعة قانون موحد فى كتابات كونرنج Conring فى سنة ١٦٤٣

لأول مرة . ثم نجدها فى كتابات ليبنتز Leibnitz فى سنة ١٦٦٨ وسنة ١٧٠٨ .
ولما تبين أن السلطة المركزية أصبحت عاجزة عن تحقيق هذه الوحدة القانونية ، لجأت الدول المختلفة إلى وضع تقنينات خاصة لها على ما سبق أن بينا .

أما فى العصر الحديث ، فكان أول دعوة فى هذا الشأن ، هو النداء الذى أرسله من هيدلبرج فى سنة ١٨١٤ تيباوت Thibaut أستاذ القانون بها ومدير جامعتها فى مقاله الذى يحمل عنوان « عن ضرورة قانون مدنى عام لألمانيا »
Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland (١) ونبه فيه إلى ضرورة تحقيق الوحدة القانونية بوضع مجموعة قانونية موحدة للدولة الألمانية كلها وذلك بعد أن تم إجلاء الفرنسيين عن الأراضى الألمانية ، فيتعين تطهير القانون الألمانى كذلك من كل أثر أجنبى ، حتى يكون هذا القانون الموحد بدوره دعامة للوحدة ومانعا من أى انشقاق سياسى فى المستقبل .

فعارضه Savigny فى مقاله السابق الإشارة إليه ، إذ رأى أن الوقت فى ذلك الحين لم يكن مناسبا لتحقيق هذا العمل الضخم لأن النمسا أصبحت أضعف من أن تفرض عملا تشريعيا فى الدولة الألمانية ، كما أن سلطان بروسيا لم يكتمل بعد ، ولا يمكن أن تقر إحداهما عملا ضخماً كهذا تقوم به الأخرى وتحاول أن تفرضه على الدولة الألمانية كلها ، فالظروف السياسية كانت تحول دون تحقيق هذا العمل الضخم .

ولكن المطالبة بوضع مثل هذه المجموعة لم تهدأ إطلاقاً . فقد نص دستور الدولة Reichsverfassung سنة ١٨٤٩ على أن يكون للدولة المركزية أن تصدر مجموعات للقانون المدنى والتجارى والكمبيالة (والسند الإذنى) . ولكن هذا الدستور سقط بفشل ثورة سنة ١٨٤٨ إلا أن ذلك لم يقض على هذه الحركة .

ففى سنة ١٨٤٨ صدر قانون الكمبيالة (والسند الإذنى) Wechselordnung كما تم وضع مجموعة للقانون التجارى فى سنة ١٨٦١ على أساس التوفيق بين

---

(١) نشر فى مجموعة Civilist. Abhandlungen ص ٤٠٤ .

المشروعين النمسوى والبروسى اللذين قدما إلى اللجنة ، وقد قبله المؤتمر الإتحادى فى سنة ١٨٦١ وأصبح فيما بعد قانونا من قوانين الدولة هو وقانون الكمبيالة عند إنشاء إتحاد شمال ألمانيا ثم قيام الدولة الألمانية سنة ١٨٧٠ . وقد قرر المؤتمر الإتحادى فى ٦ فبراير سنة ١٨٦٢ تشكيل لجنة لوضع مشروع لقانون الالتزامات وذلك بناء على ما قرره مؤتمر رجال القانون فى برلين ودرسدن سنة ١٨٦٠ وسنة ١٨٦١ . ولم تشترك بروسيا فى هذه اللجنة إذ أنكرت على المؤتمر الإتحادى اختصاصه بمثل هذا الأمر . ولكن اللجنة بدأت رغم ذلك عملها فى سنة ١٨٦٣ فى درسدن وانتهت من مهمتها فى ١٣ يونية سنة ١٨٦٦ قبل قيام الحرب بين النمسا وبروسيا مباشرة . وقد عرف هذا المشروع بمشروع درسدن وتضمن ١٠٤٥ مادة . ولكنه ظل مشروعا دون أن يقدر له الخروج إلى الحياة .

ولم يتغير الأمر كثيراً بإنشاء إتحاد شمال ألمانيا فى سنة ١٨٦٦ ولكن قرر المجلس النيابى الاتحادى Reichstag فى سنة ١٨٦٧ اختصاص الإتحاد بوضع قانون للالتزامات دون مجموعة القانون المدنى كله .

ولكن بعد قيام الدولة الألمانية فى سنة ١٨٧٠ ، قرر المجلس النيابى فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٧٣ وضع مجموعة للقانون المدنى للدولة كلها . فشكل مجلس الإتحاد Bundesrat لجنة تمهيدية لبحث خطة التقنين وطريقته . ثم أقر هذا المجلس رأيها وبناء على ذلك أصدر قراراً فى ٢ يولية سنة ١٨٧٤ بتشكيل لجنة لوضع مشروع مجموعة القانون المدنى من ١١ عضواً ، ثمانية منهم من المشتغلين عملا بالقانون واثنين منهم من الفقهاء النظريين أحدهما من الرومانيين وهو برنهارد فندشيد Bernhard Windscheid والآخر من الجرمانيين هو روت P. V. Roth .

قررت اللجنة تقسيم المجموعة إلى خمسة أجزاء هى نفس تقسيمات الباندكت يضاف إليها قانون الإصدار وتقرر تكليف خمسة من الأعضاء بأن يقوم كل منهم بتحرير جزء من هذه الأجزاء . وقد قام بتحرير الجزء العام جبهارد Gebhard من بادن من المشتغلين بتطبيق القانون الفرنسى الذى كان سائداً فيها . وقد قام كل منهم بإتمام الجزء المكلف به مع ملاحظة أنه بسبب وفاة Kübel فى سنة ١٨٨٢ الذى كان مكلفاً بوضع القسم الخاص بالمداينات ، أكمل ما بدأه

من عمل من مشروع درسدن . وقد دارت المناقشات بعد ذلك حول المشروع فى مجموعه فى اللجنة العامة مجتمعة وحررت محاضر protokolle تضمنت هذه المناقشات . ثم قدم المشروع إلى البندزرات فى سنة ١٨٨٧ مصحوباً بمذكرة إيضاحية die Moitve ونشر العمل كله فى سنة ١٨٨٨ . هذا مع ملاحظة أن Windscheid كان قد استقال فى سنة ١٨٨٣ . بسبب النقد الذى وجه إلى اللجنة بصدد نزعتها الرومانية .

وقد لاقى هذا المشروع نقداً شديداً إذ طغت عليه الصبغة الرومانية والطابع الفقهى إلى حد كبير ، بحيث ابتعد عن روح الشعب بعداً تاما . فضلا عن أن ظروف الحياة الاقتصادية والاجتماعية كانت فى خلال هذا العهد قد تطورت وكان يتعين إدخال هذه العوامل فى الحساب . وأمام اشتداد النقد تألفت لجنة ثانية لإعادة النظر فيه لم يقتصر تشكيلها على رجال القانون فقط ، بل شملت كذلك غيرهم من المشتغلين بالاقتصاد والصناعة والسياسة . وأعيد النظر فى المشروع الأول كلية وكذلك مشروع قانون الإصدار . وقدم هذا المشروع الثانى إلى البرلمان فى سنة ١٨٩٥ . وبعد مناقشته فى المجلسين ، صدر القانون دون تعديلات جوهرية (عدا ما يتعلق بالاتحادات die vereine) فى ١٨ يولية سنة ١٨٩٦ على أن يعمل به ابتداء من أول يناير سنة ١٩٠٠ .

وقد سبق أن قلنا أن المجموعة المدنية تنقسم إلى خمسة أجزاء على الوجه التالى :
أولا : الجزء العام : ويعالج فى الفصل الأول منه الأشخاص : الطبيعية ثم المعنوية وفى الفصل الثانى الأشياء وفى الفصل الثالث التصرفات القانونية . ويعالج تحت هذا العنوان ، نظرية التصرف القانونى ؛ وهنا يبحث المسائل التى تعالجها المجموعات الأخرى تحت عنوان نظرية العقد ، أى العقد باعتباره مصدرا للحقوق سواء كانت عينية أم شخصية . فيبدأ بمعالجة أهلية التصرف ثم إعلان الإرادة وينظم تحت هذا العنوان إبرام التصرف وعيوب الإرادة ، ثم العقد والشرط والأجل ثم نظرية النيابة والتفويض ، ثم الإقرار والتصديق ، ثم المدد وحسابها ، وأخيرا التقادم ثم استعمال الحق والدفاع الشرعى وأخذ الشخص حقه بيده ، ثم أخيرا الالتزام بتقديم ضمان أو تأمين .

ثانيا — ويحمل هذا الجزء الثانى عنوان المداينات Schuldverhältnisse وينقسم إلى قسمين عام وخاص .

أما القسم العام : فيعالج المسائل التى تعالج فى التقنينات الأخرى تحت عنوان أحكام الإلتزام فيبدأ بعرض مضمون علاقة المداينة ، ثم الالتزام نفسه باعتباره مقابل الحق الشخصى ، ثم إعذار الدائن . ثم يعالج الالتزامات الناشئة عن عقود ، فيبين تكوينها ومضمون العقد ثم العقد التبادلى والاشتراط لمصلحة الغير ثم العربون والشرط الجزائى ثم الفسخ ثم انقضاء الالتزام إما بالوفاء أو الإيداع أو المقاصة أو الإبراء . ثم يعالج حوالة الحق وحوالة الدين ثم تعدد الدائنين والمدينين .

أما القسم الخاص : فيحمل عنوان أنواع خاصة من المداينات فيبدأ بالعقود المختلفة وهى البيع والمقايضة ، ثم الإيجار والإستغلال Pacht سواء كان زراعيا أو صناعيا أو تجاريا . ثم العارية والقرض ، ثم عقد الاستخدام وعقد العمل وعقد السمسرة . ثم الوعد بجائزة ، ثم الوكالة . ثم الفضالة . ثم الوديعة والوديعة لدى أصحاب الفنادق ثم الشركة وعدم الانقسام والإيراد المرتب ،ثم الرهان والمقامرة ثم الكفالة والصلح . ثم الوعد بالدين والإقرار بالدين ، ثم الإنابة ، ثم الالتزام المحرر لحامله . ثم معاينة الأشياء ثم يعالج الإثراء بدون سبب ثم العمل غير المشروع.

ثالثا : أما القسم الثالث فيحمل عنوان قانون الأشياء Sachenrecht ويعالج الحقوق العينية. ونلاحظ هنا أن القانون الألمانى لا يقسم الحقوق العينية إلى أصلية وتبعية وإنما إلى مطلقة وهى حق الملكية ومقيدة وهى ماعداها من الحقوق العينية، مع مراعاة أن الغالب هو اعتبار الحقوق التأمينية عينية وإن كان ذلك لا يزال غير مستقر فى الفقه والقضاء إذ ثمة مذهب قوى ينكر عليها صفة العينية ، ولكن النظرة الأولى لاتزال الغالبة . ويبدأ هذا القسم بمعالجة الحيازة ثم يتبعها بنصوص عامة عن الحقوق الواردة على عقارات ثم يعالج الملكية فيبين مضمونها ، ثم اكتسابها وفقدها ثم نقلها بالتسليم والاستيلاء لأول مرة ثم الضم والخلط والمزج ثم اكتساب ثمار الشىء ونتاجه ، ثم اكتساب المنقول بحيازته ثم يعالج الحقوق الناشئة عن الملكية المشتركة أى الشيوع

ثم يعالج حق القرار الوراثى ، ثم حقوق الارتفاق ثم حق الانتفاع على الأشياء وعلى الحقوق وعلى الذمة ثم حقوق الارتفاق المقيدة . ثم يعالج الشفعة

والتكاليف العينية (الالتزامات العينية) ، ثم يعالج الرهن غير الحيازى Hypothek والدين العقارى ودين الريع . ثم الرهن الوارد على المنقولات والحقوق والمقصود هو الرهن الحيازى . وننبه من بادىء الأمر إلى أن الرهن الحيازى لا يرد إلا على المنقولات فقط دون العقار ، كما أن الرهن غير الحيازى ، لا يمكن اعتبار الرسمية مميزاً له عن غيره من العقود ، لأن كافة التصرفات المنشئة لحقوق عينية واردة على عقار يجب أن تكون شكلية . ولهذا لا نستطيع أن نسميه بالرهن الرسمى ونفضل عليه تعبير الرهن غير الحيازى .

رابعاً — أما هذا الجزء فيعالج قانون الأسرة . فيبدأ بالزواج المدنى ثم القرابة ثم الوصاية .

خامساً : ويعالج هذا القسم قانون المواريث سواء كانت قانونية أو إيصائية .

أما قانون الإصدار فيعالج فى قسمه الأول وهو القسم العام مشكلة تطبيق القانون من حيث الزمان والمكان فيعالج هنا مشاكل القانون الدولى الخاص ، ثم يعالج فى القسم الثانى العلاقة بين المجموعة المدنية وقوانين الإمبراطورية . وفى القسم الثالث يوضح العلاقة بينها وبين قوانين الدول الإتحادية ، ثم يضع فى القسم الأخير النصوص الإنتقالية .

وبعد هذه الكلمة العامة فى تاريخ القانون الألمانى والمجموعة المدنية الألمانية وقد راعينا فيها الإيجاز إلى أكبر قدر ممكن ، ننتقل إلى موضوع الرسالة وهو « تحول التصرف القانونى » .

تحول التصرف القـــانونى

الفصل الأول

تمهيد : وضع المشكلة

منذ تحرر علم القانون من قيود الشكل[1] ، بدأ عصر جديد من عصور تاريخ التطور القانونى . فالإرادة الفردية التى ظلت فى القانون المدنى الرومانى ius quiritium غير ذات أثر فعال ، اكتسبت لأول مرة فى عهد جستنيان Justinianus قوة ذات معنى حتى تحققت لها السيادة خلال تعاليم المحاشين Glossatoren وفى ظل القانون الكنسى . أما الحرية التى كانت بادىء أمرها أساسا فلسفيا ثم ارتفعت فى ظل الثورة الفرنسية مطلبا سياسيا وتحققت كحقيقة سياسية ، فقد بسطت سلطانها فى نطاق القانون لأول مرة فى القرن التاسع عشر ؛ إذ اعترفت مجموعة نابليون سنة ١٨٠٤ — التى كانت النتيجة القانونية لفلسفة القانون الطبيعى ولهذه الثورة — بسلطان الإرادة أساسا لها وهو أساس تقوم عليه كافة النظم القانونية فى عصرنا الحاضر .

ولكن النظام القانونى لا يدع الإرادة الحرة طليقة دون أن يفرض عليها قيودا تؤدى مجاوزتها إلى أن تفقد هذه الإرادة قوتها ، أى تصبح غير ذات أثر قانونى : أى تكون باطلة .

فللأفراد — فى هذه الحدود — سلطة كاملة بالنسبة للوسائل القانونية التى يكون لهم أن يستعملوها لكى يحققوا أغراضهم الاقتصادية والعملية . فإبرام التصرف القانونى وإنتاجه لآثاره يخضعان لهذه الإرادة . ولكن ليس للأفراد أن يخالفوا القانون أو يجاوزوا حدود الآداب أو النظام العام ، إذ تقوم هنا الحدود على حرية الإرادة ، لأن كل حرية تتقيد بحكم الضرورة بحريات الآخرين

---

(١) فى القانون الرومانى عن طريق القانون البريتورى ius honorarium

إذ أن الحرية غير المقيدة ليست إلا فوضى تقضى على حياة المجتمع . ويتعين على النظام القانونى أن يحمل تبعة هذه الحرية بحماية الإرادة الفردية من إساءة استعمالها لسلطانها (كما فى عقود الإذعان مثلا) ، أو من ضعفها هى نفسها (كما فى عيوب الإرادة) . فإذا كان التصرف الذى أبرمه الأفراد متعارضا مع القانون أو الآداب جرده النظام القانونى من تلك الآثار التى أرادوا به تحقيقها : وهو ما يسمى فى اللغة القانونية الفنية بعدم إنتاج التصرف لآثاره أو على وجه أدق بالبطلان . وتنتمى إلى ذلك أيضا النصوص الخاصة بالشكل ؛ التى ترمى إلى حماية الثقة والوضوح القانونيين أو إلى حماية الإرادة نفسها من آثار تعجلها .

ورغم ذلك فإن هذا البطلان هو عقوبة قاسية يحاول المشرع دائما إما تفاديها أو على الأقل إضعاف آثارها : وذلك عن طريق التصحيح اللاحق Konvaleszenz ، أو الإجازة ، أو بطلان الجزء المعيب من التصرف بدلا من التصرف كله إذ يظل الجزء السليم صحيحا منتجا لآثاره (المادة ١٣٩ مدنى ألمانى و١٤٣ مدنى مصرى) ؛ بل أكثر من ذلك فإذا وافق التصرف الباطل عناصر تصرف آخر صحيح صح التصرف باعتباره هذا الأخير وهذا هو ما يسمى بالتحول (م ١٤٠ ألمانى و ١٤٤ مصرى و ١٤٢٤ إيطالى) .

ففى التحول يبدو بوضوح ذلك النزاع الكبير بين حرية الإرادة والنظام القانونى الذى يستتبع البطلان نتيجة له هذا من ناحية ؛ ومن ناحية أخرى مبدأ وجوب تفادى البطلان ما أمكن ذلك .

الفصل الثانى

إصطلاح التحول Konversion

ولكن يتعين علينا قبل أن نشرع فى دراسة جوهر التحول أن نبدأ بإزالة كل شك حول استعمال اصطلاح التحول Konversion .

١ — التحول Konversion : أما تعبير التحول فقد ظهر فى اللغة القانونية لأول مرة فى فقه الشريعة العامة das gemeine Recht فى أوائل القرن التاسع عشر[1]، ويرجع أصله إلى نص ليوليبيان Ulpian (D, 29, 1, 19 pr & 12)
"Vim prioris testamenti in causam Fideicommissi et codicillorum Convertisse....... testamentum in eam causam conversum"
ويعالج هذا النص تحول الوصية السابقة إلى تصرف استئمانى Fideicommiss فى وصية لاحقة ، فهو لا يتناول حالة تحول بالمعنى الفنى الحديث .

وهذا التعبير Konversion منتقد فى الفقه الألمانى . ونرى أن عرض الخلاف على هذا الاصطلاح وإن كان ذا جدوى فى رسالة ألمانية إلا أن فائدته وجديته لا تظهران فى ترجمة عربية . وعلى أى حال فإن تعبير Konversion هو الذى انتهينا إلى ضرورة الإبقاء عليه واستعماله معبرا عن فكرة التحول حتى فى اللغة الألمانية . أما الإصطلاحات الألمانية التى اقترحت بدلا منه فهى Umgestaltung ، الاستبقاء Aufrechterhaltung ، التأويل Umdeutung التشكل أى اتخــاذ صورة أخرى ، Umwandlung التغير أو التحول ، Umschaffung تغير الصورة أو إعادة الخلق ، Ersetzung الإبدال . لهذا رأينا حذف التفاصيل الخاصة بالمناقشات الدائرة حول هذا الإصطلاح ، مع التنبيه

---

(١) Convertere معناها يتحول أو يتغير .

إلى أن ما فى المناقشات من عناصر فنية قد نوقش فى أمكنة أخرى من الرسالة ، مثل رأى فندشيد Windscheid والتفرقة بين التحول والتأويل Umdeutung . على أن يلاحظ كذلك أن الفقه والقضاء كثيراً ما يستعملان تعبير الاستبقاء Aufrechterhaltung دالا على التحول . وقد حافظنا على هذا الاصطلاح عند إيراده فى الأحكام التى ترجمناها حرصا على سلامة ترجمتها ، أما فى غير ذلك فلم نستعمل إلا تعبير التحول Konversion ويتحول Konvertieren بعد أن بينا أن هذا الاصطلاح هو وحده المستعمل فى الفقه الإيطالى La conversione والفرنسى conversion والأنجلوسكسونى conversion والمجرى والمصرى .

الجزء الأول

التطور التاريخي لفكرة التحول

لقد وجدت فكرة التحول تنظيما تشريعيا محددا لأول مرة فى المادة ١٤٠ من مجموعة القانون المدنى الألمانى . ولهذا يجب حتى يمكن فهم هذا التنظيم التشريعى أن نبدأ بعرض التطور التاريخى لمبدأ التحول . فقد أقام علم الشريعة العامة فقهه فى التحول على أساس النصوص والمصادر الرومانية . وعلى أساس فقه الشريعة العامة فى التحول ، قنن هذا المبدأ فى المادة ١٤٠ من مجموعة القانون المدنى الألمانى ثم قننته نظم تشريعية أخرى أخذا بمثل التقنين المدنى الألمانى[1] .

---

(١) قارن المواد ١٤٠١ من القانون المدنى المجرى و ١٤٢٤ من القانون المدنى الإيطالى الصادر سنة ١٩٤٢ والمادة ١٤٤ مدنى مصرى .

الفصل الثالث

أولا – فى القانون الرومانى

تسيطر على القانون الرومانى الطريقة الاستقرائية inductive methode التى تبدأ بوضع الحكم القانونى لكل حالة فردية على حدة بعكس الطريقة القياسية التى تبدأ بوضع مبدأ عام يطبق على الحالات الفردية . ولهذا لا نصادف فيه من القواعد العامة إلا ما ندر ، ولا نجد فيه لهذا السبب نفسه مبدأ عاما يمكن أن يقوم التحول على أساسه . ولكننا نجد فى نفس الوقت فى سياق التفكير الفقهى الرومانى أساسا للتحول كنظام قانونى وإن كان أساسا بدائيا لم يتم بعد تطوره واكتماله . ويبدو هذا فيما أصدره فقهاء الرومان من أحكام فى الوقائع الفردية وإن كانت هذه الأحكام تقوم على إحساسهم القانونى قبل أن تقوم على أساس علمى قانونى (١) .

ففى القانون المدنى القديم ius quiritum كانت صحة التصرفات معقودة بالحاجة الشديدة إلى الشكل . ولهذا لا يوجد بحكم الضرورة أى أساس للتحول إذ لم تكن ثمة إرادة متخذة الشكل القانونى المطلوب قد اتجهت إلى التصرف الجديد . بل وأكثر من ذلك فإن أنواع التصرفات المرسومة فى هذا القانون ius civile كانت محدودة ، بحيث أن إمكانية وجود تصرف آخر ملائم يحل محل الباطل كانت ضيقة جدا (٢) .

---

(١) قارن Fischer ص ٢٢ وما بعدهـا و Küntzel ص ٣ ، Voss ص٥٦ ، Weil ص ٩ — ١٧ ، Römer ص ٨٧ و Pernice فى كتابه عن Labeo جـ ١ ص ٤٠٤ وما بعدها .

(٢) قيل Weil ص ١٠ وتمثـل لذلك بتحول : أ) التعهد Stipulatio الى constitutum أو اتفاق رضائى آخر pactum ‧ (D. 13, 5, 1, 287. 45, 1, 1.2)
ب) تحول المبارأة acceptilatio الى اتفاق بعدم المطالبـة Pactum de non petendo (D. 18. 5 5. pr. 46, 4. 8. pr ; 19 pr. 2. 14. 27. 9)

جـ) تحول الوصيـة الى الحاق Kodizill (29. 7; 1, 28. 1—29 pr.)

ولكن القانون الرومانى بدأ بتأثير مبدأ حسن النية bona fides يتحرر من قيود الشكل الشديدة وابتدأت الإرادة تحظى فى أول الأمر باهتمام تدريجى حتى اكتسبت أخيرا فى عهد جستنيان سلطانا كبيرا . ولكن هذا التطور لم يتم عن طريق تعديل القوانين ، وإنما نشأ خلال القانون البريتورى نظام قانونى جديد يقوم إلى جانب القانون المدنى القديم يكمله ويعدله .

أما هذا القانون القضائى ius honorarium فقد كان على عكس القانون المدنى القديم أكثر مرونة إزاء حاجة المعاملات . وكان من الممكن بوجه خاص أن بعض التصرفات — التى كانت غير صحيحة بحكم القانون المدنى لعدم استيفائها بعض شروطه — أن تكتسب الصحة والقدرة على إنتاج آثارها عن طريق القانون البريتورى أو أن يحمى هذا القانون أحد الطرفين أو كليهما من آثار البطلان عن طريق الدفع exceptio . ولهذا استطاع هذا النظام المزدوج ، الذى كان التصرف بمقتضاه باطلا طبقا للقانون المدنى وصحيحا طبقا للقانون البريتورى ، أن يقدم لنا آثارا مشابهة لآثار التحول .

أما فى نطاق القانون المدنى ius civile فقد كان التحول نادرا : فتحول الزواج إلى خطبة كان مرفوضا وتحول الإلحاق Codicill إلى وصية Testament لم يكن يصح إلا بمقتضى إرادة خاصة وهو ما يسمى بشرط الإلحاق Kodizillarklausel . ومع ذلك فقد أقر القانون المدنى نفسه تحول وصية الجندى وتحول التعهيد Stipulatio طبقا لقرار مجلس الشيوخ النيرونى S. C. Neronianum

أولا — تحول الزواج إلى خطبة :

كان يشترط لصحة الزواج الذى يتم فى غير الصورة الشكلية — وذلك بنقل المرأة إلى بيت زوجها deductio in domum — أن يكون سن المرأة ١٢ سنة على الأقل بينما كان يشترط لصحة الخطبة غير الشكلية أن يكون سن المرأة ٧ سنوات على الأقل (١) . ونجد فى هذا الصدد رأيا ليوليان Julian فى النص 1. Dig. de spons 23.1 Idem libro 35 ad. Ed. "Quäsitum est apud Julianum, an sponsalia sint ante duodecimum annum, si

(١) Fischer ص ٣٧ .

fuerint nuptiae collatae. Et semper Labeonis sententiam probavi existimantio, si quidem praecesserint sponsalia, durare ea quamvis in domo loco nuptae esse coeperit; si vero non praecesserint, hoc ipso quod in domum deducta est, non videri sponsalia facta; quam sententiam Papinianus quoque probat".

فهنا يتساءل يوليان عما إذا كان من الممكن اعتبار الزواج الذى تم بهذا الطريق وكان باطلا بسبب قصر الزوجة لعدم بلوغها السن المطلوبة قانونا للزواج وهى ١٢ سنة ، بينما استوفت السن المطلوبة قانونا للخطبة وهى ٧ سنوات هل يمكن اعتباره خطبة . فيقضى لابيو Labeo فى ذلك ويوافقه يوليان Ulpian بأنه إذا كانت الخطبة قد تمت قبل الزواج فإنها تظل صحيحة رغم بطلان الزواج بسبب وجود الخطيبة بطريق غير مشروع فى منزل خطيبها . أما إذا لم تكن هناك خطبة تمت قبـــل الزواج فإن هذا الزواج الباطل لا يصح حتى ولا باعتباره خطبة .

أما أن هذا الزواج الباطل لا يتحول إلى خطبة فيجد رومير Römer (١) التعليل الوحيد لذلك فى أن الإرادة قد اتجهت إلى إبرام زواج فقط . بينما يعترض ڤيزنجرين Weisengrün (٢) على ذلك ويذهب إلى أن رفض التحول إنما يقوم على أساس اختلاف العلاقات القانونية بين الزواج Nuptiae وبين الخطبة Sponsalia

ولكن كلا من الرأيين لا يقوم تفسيرا لهذا الحكم ما دام لم يبين لماذا تتخلف الإرادة بالذات فى هذه الحالة حتما أو لماذا يكون اختلاف الآثار أو العلاقات القانونية بين النظامين مانعا حتما من التحول . إذ أنه مما يسلم به أن من أراد الزواج فقد أراد الخطبة على الأقل . ولكن من الممكن أن تكون ثمة اعتبارات أخلاقية قامت لدى الرومان فى وجه هذا التحول (٣) .

---

(١) ص ٧١ .

(٢) ص ٣٨ . أنظر كذلك Römer ٧٨ و Unger : القانون المدنى النمسوى جـ ٢ ص ١٥٨ الذى يرى السبب فى اختلاف الآثار .

(٣) Fischer ص ٣٦ و Küntzel ص ٧ و Weil ص ١٦ .

ثانيا — تحول الوصية إلى إلحاق (١) Codicill

لقد لعب الشرط المسمى بشرط الإلحاق Codicillarklausel (تحول الوصية Testament إلى إلحاق Codicill) الدور الأكبر فى تاريخ تطور نظام التحول (٢) . ونجد فى هذه الحالة آثار التحول قائمة ولكنها لا تتحقق إلا إذا وجدت إرادة صريحة من المتعاقدين لتنظيم حالة البطلان التى توقعاها ، وبهذا تنفصل هذه الحالة عن نطاق التحول . ولكن لما كان الورثة الشرعيون يلتزمون على سبيل الاستيثاق Fideicommissarich (٣) عن طريق ما تتضمنه الوصـــايا

(١ — ترجمة) الإلحاق codicill هو محرر يتم دون استعمال الصيغ الشكلية وفى غياب الشهود بل ويمكن أن يتم مشافهة كذلك ويتضمن إيصاءات ببعض المال Legs تكون صحيحة بشرط أن تقر فى وصية سابقة أو لاحقة . ثم ضعف هذا الشرط فيما بعد حتى استغنى عنه . (قارن Monier : Manuel du droit Romain ج ١ ص٥١٩ بند ٣٧٤) ويبدو أن هذا الشرط هو الذى جعل المرحوم عبدالعزيز فهمى باشا (المدونةص١٦٠) يترجمها بالملاحق . والأصل أن تعبير Codictll معناه جزء أو قطعة أو محرر أو مكتوب أو وثيقة لهذا يكون تعبير الملاحق غير دقيق . وقد كنا نفضل اصطلاحا آخر لأننا لا نزال نرى أن تعبير الإلحاق نفسه تعبير قلق . ولكن المعنى الفنى لهذه الكلمة وهو الوثيقة المتضمنة إيصاء ببعض المال لا يمكن ترجمته ترجمة دقيقة إلى اللغة العربية لأن تعبيرات المحرر والوثيقة لها معان عامة واسعة واستعمالها يؤدى إلى الخلط .

(٢) برنتز Brinz ج١ ص٣٩ هامش ٤ إن شرط الإلحاق Codicillarklausel هو الحالة الوحدة الأكيدة للتحول .

(٣ — ترجمة) كان الاستئمان Fideicommiss فى بادىء الأمر مجرد رغبات ليس لها قيمة قانونية يوجهها شخص إلى آخر مكلف بتنفيذ إرادته الأخيرة . وكان الأمر متروكا لذمة المستأمن Fiduciare . أما المستفيد Fideicommissaire فكان يمكن أن يكون ناقص الأهلية كأجنبى مثلا . وكان الموصى أحيانا يجعل الوارث الإستئمانى Fiduciaire يقسم له بأن يقدم جزءا من الأموال الموروثة إلى شخص آخر . وقد دخل هذا النظام نطاق القانون فى عهد أغسطس الذى أمر القناصل بإعمال هذا الإستئمان . وقد حل محلهم فى عهد كلاوديوس بريتور الاستئمان préteur Fideicommissaire فكانت مهمته مراقبة تنفيذ التصرف الاستئمانى بشرط أن يكون محله مشروعا .

وكان يمكن إجراء الإستئمان بأى عبارة ما وحتى باللغة اليونانية . وكان يمكن أن يتضمنه إلحاق Codicill لم تقره وصية . ويمكن أن يقع على عاتق أى شخص يؤول إليه شىء من مال المتوفى وكذلك الورثة الإيصائيين والورثة غير الإيصائيين والموصى إليهم ببعض المال légataire. ولكن دساتير قسطنطين وتيودوسيوس الثانى تطلبت حضور خمسة شهود لصحة الاستئمان . ==

والتوريثات من إيصاءات ببعض المال Legate فلا تسقط هذه الحالة كلية من نطاق التحول . إذ لا ينتفى التحول إلا إذا وجدت إرادة صريحة بذلك (١) .

١ — أما النص الأول الذى يستلفت نظرنا فى هذا الصدد فهو :

I. 1 Dig. de iure codicill 29.7.
"Saepissime rescriptum et constitutum est, cum, qui testamentum facere opinatur est, nec voluit quasi codicillos id valere, videri nec codicillos fecisse, ideoque quod in illo testamento scriptum est, licet quasi in codicillos poterit valere tamen non debetur."

فيقول Ulpian : أنه كثيراً ما يتردد فى الأوامر Rescripten والدساتير constitutionen أنه إذا ما كان لدى شخص قصد إنشاء وصية ولم يرد أن تصح هذه باعتبارها إلحاقا Codicill فإن الورثة لا يصبحون ملتزمين بسبب عمل التصرف (٢) Aliénation, Verfügung الذى تضمنته تلك الوصية رغم أن عمل التصرف هذا Verfügung كان من الممكن أن يتم فى ذاته صحيحا لو وقع فى الحاق .

= أما محل الاستئمان فيجوز أن يكون لا مال المورث فقط بل مال الوارث نفسه كذلك أو الموصى إليه ببعض المال أوشخص آخر . وفى هذه الحالة الأخيرة يلتزم المستأمن بالحصول على الشيء ثم نقله إلى المستفيد أو على الاول أن يدفع له قيمته .

وبمرور الزمن أصبح الشكل يتضمنه الإيصاء ببعض المال leg أما إرادة المتوفى فكان يتضمنها الاستئمان . ولكن جستنيان خلطهما ببعض ، فاكتسبت الإيصاءات كيان الاستئمان وحقيقته (مونيير ج ١ ص ٥٢٣ بند ٣٧٥) . هذا وقد ترجمها المرحوم عبد العزيز فهمى باشا (المدونة ص ١٥٨ — ١٦٠) بالتمهيدات ثم ترجمها ص ١٥٨ نفسها هامش ٢ بالاستئمان وقد آثرنا هذا التعبير الأخير لدلالته .

(١) Fisher ص ٢٥ ، Weil ص ١٥ ، Brinz أعلاه .

(٢ — ترجمة) المقصود بعمل التصرف Verfügung — acte d'aliénation هو العمل القانونى الذى يتم به التصرف فى شىء من الأشياء . والمقصود بالتصرف هنا هو تلك السلطة التى ينطوى عليها الحق العينى . إذ مضمون الحق العينى على شىء هو أن يثبت لصاحبه السلطة فى التصرف فى الشىء وفى واستعماله واستغلاله (راجع دكتور شفيق شحاته فى الأموال : مضمون الحق العينى) فالتصرف هنا هو الحق الثابت فى إخراج الشىء من سلطة صاحبه أو إثقاله بحق عينى آخر فى مقابل الاستغلال والاستعمال . وقد ترجمناه بعمل التصرف تمييزا له عن اصطلاح التصرف القانونى acte juridique

ويقول Römer أن تعبير nec voluit quasi codicilles id valere (لم يرد أن تصح باعتبارها إلحاقا) يبين صراحة وبحق أن وجود الشكل الخاص بالإلحاق لا يكفى فى حد ذاته على الإطلاق بل يجب بصفة خاصة أن تكون هناك إرادة مقتضاها أن تستبقى الوصية فى حالة البطلان باعتبارها إلحاقا.

٢ — أما إذا لم يتضح ما إذا كان المورث أراد إنشاء وصية أو إلحاق لأنه راعى شكل الإلحاق فقط ولكن تكلم فى المتن عن وارث heres فقد قضى بابنيان Papinian فى النص: l. 13 § 1 Dig cod.

Tractari solet de es, qui quum tabulas testamenti non fecisset, codicillis ita scripsit : Titium heredem esse volo ; sed multum interest, utrum fideicomissarium hereditatem a legitimo per hanc scripturam, quam codicillorum instar habere voluit, reliquerit, an vero testamentum se facere existimaverit. nam hoc ex eo scripto plerumque declarabitum etc...."

فإن كان المورث قد أراد إنشاء وصية، وهو ما قد يتضح من أنه عين مستفيدين بطريق الإحلال Substituten [1] وكلف الورثة بوصايا ببعض المال

(١) — ترجمة) الأصل فى التوريث فى القانون الرومانى. أن يختار الشخص من يرثه فى أمواله ويشغل مركزه القانونى. ولهذا لم يكن التوريث الشرعى إلا نظاما استثنائيا. ولهذا يسميه الرومان دائما بالتوريث غير الإيصائى:

أما الإحلال Substitutio فهو أن يحل المورث محل من أقامه وارثا له فى الحالة التى لا يرث فيها هذا، شخصا آخر يحل محله فى الإرث. فهذا المحل لا يكتسب الإرث إلا إذا لم يصبح الشخص المعين، أصلا وارثا لسبب من الأسباب كوفاته مثلا قبل قبوله الميراث أو حتى لو توفى دون أن يكون له وارث؛ أو لتحديد من يرثه وفقا لرغبة المورث الأصلى. وهو نوعان الإحلال العام Substitutio vulgaris وإحلال القصر S. pupillaris ويضاف إليهما فى عصر جستنيان شبه إحلال القصر S. quasi pupillaris.

أما الأول وقد ترجمه المرحوم عبد العزيز فهمى باشا (المدونة ص ١١٩) بالإحلال الاعتيادى فى الاستحقاق: وهو أن يقيم المورث فى مكان من يرثونه فى المحل الأول أشخاصا مستفيدين، يرثونه إذا توفى الوارث الأول قبله، أو إذا لم يتمكن من الإرث. ويستطيع المورث الأول أن يرتبهم فى درجات متعاقبة تحل كل درجة عند عدم وجود سابقتها، وفى الدرجة الأخيرة يكون المستفيد عادة هو عبد المورث الذى يصبح وارثا ضروريا عند انعدام الطبقات السالفة. وقد ينص المورث على أن تؤول التركة إلى المستفيد إذا لم يقبل الوارث الأصلى فى ميعاد المائة يوم، وقد يقف المستفيد مع الوارث الأصلى فى أحوال استثنائية فى درجة واحدة. =

Legate فإن المحرر لن يصح باعتباره وصية ولا باعتباره إلحاقا (١) . أما إذا كان قد أراد على عكس ذلك إنشاء إلحاق ، فإن عمل التصرف Verfügung يستبقى بدون حاجة إلى إعلان خاص بذلك باعتباره فرض مستفيد استئمانى عام Universal fideicommis على عاتق الورثة الشرعيين(٢) . وبهذا يظل تحول الوصية الباطلة بدون شرط الإلحاق خارج الاعتبار (٣) .

٣ — أما النص الثالث فهو : l. 41 § 3 Dig. de pup. et vulg ; subst. 28.6.

"Quod si heredem filium pater rogaverit, si impubes diem suum obierit, titio hereditatem suam restituere, legitimum

---

= أما الثانى وقد سماه المرحوم عبدالعزيز فهمى باشا (المدونة ص ١٢١) بالإحلال فى استحقاق الصغار : وهو أن يعين الأب لأبنائه الصغار من يرثهم إذا ماتوا قبل بلوغهم الرشد . فبينما فى الحالة السابقة يكون المستفيد وارثا للأب نفسه إذا توفى الإبن قبل الأب ، فإن المستفيد فى هذه الحالة يكون وارثا للابن نفسه مباشرة . كما يستطيع الأب أن يعين لإبنه الذى لم يحرره ويكون قد حرمه من الميراث ، من يرثه إذا توفى قبل بلوغه سن الرشد ويؤول إلى هذا المستفيد ماقد يؤول إلى الإبن من وصايا succession أو إيصاءات ببعض المال legs أو هبات من أقاربه الآخرين فى الفترة مابين وفاة الأب ووفاته هو نفسه . وتختلف هذه الحالة عن الأولى فى أنها ميزة خاصة لرب الأسرة Pater familias بينما الأول يستطيع أن يأتيه أى مورث . وهذا أثر لنظام قديم مقتضاه أن الإبن لايرث الأب إلا إذا بلغ رشده . أما النوع الثالث فهو امتداد للثانى فى حالة مالو كان الأبناء ضعيفى القوى العقلية ولايستطيعون بسبب ذلك الإيصاء (قارن مونيير ص ٤٧١ وما بعدها . بند ٣٣٨) .

(١) لاشك فى أن شكل الإلحاق Cdoicill موجود وهنا يلاحظ Weisengrün ص ٨ مشيرا الى Römer ص ٦٧ بأن هذه الحالة ليست حالة تحول لأنه من المشكوك فيه من بادىء الأمر ، أى تصرف قانونى Rechtsgeschäft يقصده المتعاقد ؟ إذ فى التحول يشترط مبدئياً وبصفة قطعية أن يكون التصرف الباطل حقيقة مقصودا .

(٢) Römer ص ٧٣ ، Fischer ص ٢٦ ، Weil ص ١٥ ، Weisengrün ص ٨ .

(٣) Fischer ص ٢٥ . وقد أضعف هذا الشرط الى حد أن أصبحت الإشارات العامة كافية . ثم سمحت الأوامر الأمبراطورية Kaiserrescripten فيما بعد بإجراء التحول فى حالة خاصة بدون اى إعلان إرادة . وقد أمر بذلك أولا قسطنطين (سنة ٣٢١ م) فى حالة ما تنظم الوصية ميراث الأبناء . حينئذ قرر تيودوسيوس وڤالنتين أن الوصية التى لم تستكمل من حيث الشكل بعد ، والثابتة بشهادة خمسة شهود ترفع الوصية السابقة إذا أقامت ورثة شرعيين وتصح باعتبارها إلحاقاً codicill .

heredem filii salva falcidia cogendum patris hereditatem, ut ab impubere fideicomisso post mortem eius dato, restituere placuit.] Nec aliud servandum, quum substitutiones conditio puberem aetatem verbis precariis egriditur. Qua ita locum habebunt, si patris testamentus iure valuit, alioquin si non valuit, ea scriptura, quam testamentum, esse voluit, codicillos non faciet, nisi hoc expressum est... etc...."

يستطيع الأب أن يعين فى وصيتـــه مستفيدا استثنائيا عاما لحالة ما إذا توفى ابنه قبل بلوغ سن الرشد أو حتى بعد ذلك . ويلتزم الوارث الشرعى للإبن بعد تجنيبه الربع Quart أن يسلم التركة للمستفيد الاستثنائى العام . ولـكن يجوز هذا فقط إذا كانت وصية الأب صحيحة قانونا . فإن لم يكن هذا هو الحال فإن هذا التصرف الذى كان يجب أن يكون وصية طبقا لإرادة الأب ، لا يصح باعتباره إلحاقا إلا إذا كان هذا قد تقرر بصفة خاصة .

ويقول Römer (١) أن بابنيان Papinian لم يرد بذلك أن يزعم أن تعبير الإلحاق يجب أن يستعمل ، أو أن إعلانا صريحا فى مقابل الإعلان الضمنى يجب أن يتوافر وإنمـا يقول فقط أن شرط الإلحاق لا يفهم من تلقاء نفسه ، وإنمـا يجب التحقق بصفة خاصة من أن إرادة المورث (الإحتمالية) كانت أن يصح عمل التصرف Verfügung باعتباره إلحاقا . وواضح أن ذلك يمكن أن يتم بطريق آخر غير أن يعلن الموصى ذلك بتعبير واضح expressis verbis وأن مجرد الإرادة ، دون تعبير مطابق ، لا معنى لها قانونا . فالإرادة يجب أن تعلن وفى وضوح ، عن طريق أى إشارة مفهومة ، سواء كانت تلك التى وضعت خصيصا لذلك فقط (إعلان صريح) أو كانت أفعالا تؤدى فى نفس الوقت وظيفة أخرى ولـكن تستفاد منها كذلك الإرادة المطلوبة (تعبير ضمنى) .

ويعترض سكافولا Scavola على رأى Ulpian هذا بأنه فى هذه الحالة :
liter substitutio intutillo sit, tamen benigna interpretatione mater, quae ab intestato pupillo successit, substitutis fideicommiss obligatur" (2),

(١) ص ٧٤ .
(٢) قارن Fischer ص ٢٦ ؛ Weil ص ١٥ .

فتعيين مستفيد بطريق الإحلال فى الإلحاق يستبق باعتباره فرض مستفيد استئمانى عام على الورثة اللاحقين . ويعلل Fischer (١) هذ الحكم بأن شرط الإلحاق لا يكون متطلبا إذا ما كان المورث لم يرد إطلاقا إنشاء وصية وإنما أراد دون شك إنشاء إلحاق وضمن هذا إقامة وارث أو مستفيد بطريق الإحلال ، فيتجرد هذا عن الصحة (إقامة الوارث أو المستفيد) لتخلف شكل الوصية ، ولكنه يستبقى فى نفس الوقت باعتباره فرض مستفيد استئمانى على الورثة الشرعيين .

كذلك تذهب فيل Weil (٢) إلى أن إقامة الوارث التى يتضمنها الإلحاق يمكن بلا تردد أن تتحول إلى فرض مستفيد استئمانى عام لأن إعلان إرادة التحول يكفى فى رأيها وإن كان عاما جداً طبقا لنص .Dig. §1. 29 .I ونص .I. 88§17 de leg . فالمورث إنما يريد استبقاء عمله بالتصرف Verfügung بأى طريق ممكن . وهذا يصح كذلك بالنسبة لسائر التصرفات القانونية الأخرى .

٤ — ويسترعى النظر كذلك فى هذا المقام النص 1. 29. pr. D. "Ex ea scriptura, quae ad testamentum faciendum parabatur, si nullo iure testmentum perfectum esset, nec ea, quae fideicommissorum verba habent, peti posse."

تستبقى الوصية التى لم تستكمل بعد ، إذا ما تضمنت إقامة مستفيد استئمانى باعتبارها إلحاقا خاليا عن الشكل دون حاجة إلى شرط الإلحاق . وهذا ما يأباه باولوس Paulus فى هذا النص ، إذ يتطلب فيه أخف صورة لشرط الإلحاق(٣). أما سبب هذا الحكم فيجده Römer (٤) فى أن اتجاه الإراده بصفة قطعية إلى أن تصح الوصية باعتبارها إلحاقا ، غير متوافر .

٥ — ويذكر هنا كذلك أمر Rescript الإمبراطـــور تيودوسيوس Theodosius هو : 1. 8 cod. de codicillis

"Illud quoque pari ratione servandum, nequiverit, intestautus videatur esse defunctus, nec transducere liceat ad fideicommissis interpretationem, nisi id ille complexus sit, ut vim etiam codicillorum scriptura dabeat obtiver."

---

(١) ص ٢٦ .

(٢) ص ١٥ ، قارن Römer ص ٧٥ .

(٣) Fischer ص ٢٧ ، قارن Weil, Römer مشار إليهما أعلاه .

(٤) ص ٧٦ .

فالوصية التى ظلت دون أن تستكمل لا تصح باعتبارها إلحاقا ، إذا كانت إرادة الموصى لم تتجه ولو احتمالا eventuell إلى هذا النوع من الاستبقاء .
ويقول Römer (١) أن تعبير "id ille complexus sit" يثبت فى نفس الوقت صحة تفسيره لتعبير "nisi hoc expressum est" الوارد فى النص Dig, cit §3. 1.4 ، إذ أن "complexus sit" هو التعبير الأكثر عموما عن إعلان الإرادة ؛ الذى يمكن القول أنه يقابل فى اللغة الألمانية تعبير "begreifen" (بالعربية فهم — أدرك) إن لم يكن (هذا التعبير) يفهم تحته كذلك صحة الوصية باعتبارها إلحاقا . ويسوق دليلا فى ذلك النص :

1. 11 cod. de testament. manus 7.2 Diocletianus et Maximilianus: si iure non subsisit testamentum, in hoc nec libertatis (quum non fuisse adiectum, ut pro codicillis scriptum valeret, proponas) recte datas constabis".

وكذلك نص :

1.29 cod. de Fideicomm. 6 42. (Idem) "Ex testamento, quod iure non valet, nec fideicommissum quidem si non intestato quoque succedentes rogati probentur, peti potest".

ويعتقد أنه من المشكوك فيه ما إذا كان النص الأخير يقصد شرط الإلحاق ، إذ أن فرض مستفيد استئمانى عام Rogatio fideicommissi فى مواجهة الورثة الشرعيين ، لا يلزم أن يقع فى إلحاق (أى كتابة) ، وإنما يمكن أن يقع فى أى صورة مستحبة حتى ولو مشافهة ، وعلى الإطلاق بأى طريق يمكن أن يقع فيه إعلان إرادة . وكل ما يفيده هذا النص على وجه قاطع هو أن إعلان الإرادة غير الصحيح (الوصية) لا يصح (باعتباره إلحاقا) إلا إذا أثبت المستفيد الاستئمانى المذكور (فى المحرر) أن إقامة مستفيد استئمانى كانت أريدت ولو احتمالا رغم أن التصرف يمكن أن يصح من حيث الشكل باعتباره إقامة مستفيد استئمانى .

---

(١) ص ٧٦ . Weil ص ١٥ .

أما Fischer (١) فيرى أن هذا النص يحتوى قيداً هو :

، "Si non intesto qnoque succedentes rogati probentur"

ثم يضيف بعد ذلك أنه بإثبات أن طلب إقامة المستفيد الاستئمانى Fideikom-missbitte لم يوجه إلى الموصى إليهم فقط بل إلى الورثة الشرعيين كذلك ، يمكن إنقاذ الإيصاء الاستئمانى Fideikommiss باعتباره فرض تكليف على الورثة الشرعيين ؛ وذلك دون حاجة إلى وجود الشرط (شرط الإلحاق) .

ثم يذكر Fischer أيضاً أنه إذا ما أدرج هذا الشرط فى وصية صحيحة ، فيمكن أن تفيد هذه وفقاً لأمر تيودوسيوس Teodosios أن يكون للمستفيد الخيار بين أن يصبح وارثاً شرعياً أو أن يدع الإرث الشرعى يأخذ مجراه ثم يدخل هو باعتباره مستفيداً استئمانياً عاماً .

وتستخلص Weil (٢) من هذه النصوص جميعاً ، أن تحول الوصية إلى إلحاق لا يكون ممكناً إلا بناء على إعلان إرادة خاص وأن إقامة الوارث التى يتضمنها الإلحاق كان يمكن أن تتحول إلى إقامة مستفيد استئمانى عام .

أما السبب فى أن شرط الإلحاق كان مستلزماً لإجراء التحول فغير واضح . فتفسير أنجر Unger (٣) بأن الإرادة يتعين استلزامها حالما يكون للتصرف الجديد آثار مختلفة عن آثار التصرف الباطل ، يراه برنيس Pernice (٤) غير مقبول ويقدم تعليلاً لذلك أن الشكل لا يمكن أن يستبدل بمجرد إعلان إرادة ، وهو تفسير غير مقبول حيث يدور الأمر حول استبقاء تصرف استئمانى لا يحتاج أصلاً إلى أى شكل . أما تفسير هلتسشوهر Holzschuher بأن الموصى لم يكن يستطيع أن يريد إلا وصية أو إلحاقاً فقط ، فيعتبره Fischer (٥) غير صائب ويعتبر اختلاف كل من التوريث الشرعى والإيصائى هو السبب فى تطلب إرادة تحول خاصة .

---

(١) ص ٢٧ .

(٢) Weil ص ١٥ .

(٣) القانون الخاص النمسوى Öster Pr. R. ج ٢ ص ١٥٧ .

(٤) برنيس . لابيو ج ١ ص ٤٠٥ .

(٥) ص ٢٩ .

وعلى كل ، فإن هذه الحالة تخرج عن نطاق التحول .

ثالثاً : تحول المبارأة acceptilatio[1] إلى اتفاق بعدم المطالبة أو إلى تراض عسى :

إن إحدى حالات التحول الهامة فى القانون الرومانى هى تحول المبارأة الباطلة إلى اتفاق بعدم المطالبة Pactum de non petendo [2] أو إلى تراض عكسى[3] contrarius consensus .

(أ) إلى اتفاق بعدم المطالبة

وهنا يسترعى نظرنا نصان ليوليبان Ulpian :

(١ ـ ترجمة) المبارأة acceptilatio هى الطريقة العامة لإنقضاء الالتزام الناشى عن العقد الشفوى verbis وذلك بالنطق بعبارات شكلية معينة . ثم استعمل هذا الاصطلاح فى العصر العلمى فيما بعد للتعبير عن طريقة انقضاء الالتزام الكتابى litteris وذلك إذا كتب الدائن فى دفتره فى مقابلة الدين عبارة acceptum ferre أى مقبوض أو مستوفى له فى مقابل عبارة expensum ferre أى معطى أو مدفوع منه .

أما شكل المبارأة فهو أن ينطق المدين بعبارة Quod ego tibi promissi, habesne acceptum أى هل تسلم ما وعدتك به فيرد الدائن قائلا Habeo اى قد تسلمته . والمبارأة تصرف مجرد شكلى ولا ترد إلا على الالتزام اللفظى (مونيير ج ٢ ص٢٧٢ بند ١٩٨) . وقد ترجمها المرحوم عبد العزيز فهمى باشا (المدونة ص ٢٤٢) بالحالة ، أى أن الدائن يحل المدين من دينه ولكننا نفضل عليها تعبير المبارأة لأن المدين يطلب إبراءه من الدين فيجيبه الدائن إلى ذلك ، فضلا عن أن الإبراء هو التعبير الفنى المستعمل وليس الإحلال .

(٢ ـ ترجمة) الاتفاق بعدم المطالبة Pactum de non petendo هو اتفاق رضائى pactum conventum يتعهد فيه الدائن ألا يطالب بالدين . ولم يكن لهذا الاتفاق أى أثر فى أول الأمر بالنسبة للقانون المدنى . ولكن البريتور مكن المدين بمعونة الدفع بالاتفاق exceptio pacti conventi من تعطيل دعوى الدائن . والاتفاق بعدم المطالبة كان يجب أن يذكر صراحة فى حالة دعاوى القانون الضيق . ولكنه كان مفهوماً ضمناً فى دعاوى حسن النية (مونيير ج ٢ ص ٢٧٥) .

(٣ ـ ترجمة) التراضى العكسى هو الطريقة الرضائية لإنقضاء الإلتزام الناشىء عن عقد رضائى . ولكن يكون انقضاء الالتزام هذا قبل القيام بأى وفاء له . ويشترط فيه أن يكون القصد منه انقضاء التزامات كل من المتعاقدين كاملة وألا يطرأ أى وصف أو تغيير عليها وعلى وجه خاص ألا يكون قد شرع فى تنفيذ أحدها (مونيير ج ٢ ص ٢٧٤ بند ١٩٩) . وهو فى الواقع يقابل الإقالة المعروفة فى الشريعة الإسلامية .

١ — أما الأول l. 19 pr. cod. 2 Regularum : "Si accepto latum fuerit ei, qui non verbis, sed re obligatur est, non liberatur quidem, set exceptione doli mali vel pacti conventi se tueri potest".

تـكون المبارأة acceptilatio الواردة على التزام ناشىء عن عقد عينى re contrahierte obligatio غير صحيحة، لأن المبارأة إنما ترد على الالتزام اللفظى verborum obligatio فقط ، لهذا لا ينحل الالتزام بقوة القانون ipso iure وإنما بطريق الدفع ope exceptionis إما عن طريق الدفع بالتدليس exceptio doli أو عن طريق الاتفاق الرضائى pacti conventi . أى أن المبارأة غير الصحيحة تستبق باعتبارها مجرد اتفاق nudum pactum ولو لم يكن هذا التصرف الثانى قد أريد على وجه إيجابى positiv .

أما الأثر العملى فهو على أى وجه واحد فى الحالتين : فيتحول المبارأة التى تـكون عديمة الأثر إذا وردت على عقد رضائى أو عينى إلى مجرد اتفاق ، يتحقق الأثر الذى أراده المتعاقدان (١) .

٢ — أما النص الثانى فهو :

1.8. pr. Dig. de acceptil. 46.3 : "An inutilio acceptilatio utile habeat pactum, quaeritur; et nisi in hoc quoque contra sensum est. dicet aliquis : potest ergo non esse consensus, cur non possit ? Fingamus, eum, qui accepto ferebat, scientem prudentemque, nullius esse momenti acceptilationem, sic accepto tulisse, quis dubitat non esse pactum cum consensum paciscendi non habuerit".

فيرى يولبيان أن المبارأة غير الصحيحة تستبقى باعتبارها مجرد اتفاق ، إلا إذا تبين أن المتعاقدين لم يكونا ليريدا ذلك بوجه خاص ، كما لو أن المبارأ accepto ferens كان عالما تماما ببطلان المبارأة (٢) .

---

(١) Fischer ص ٣٢ ، Weil ص ١٢ ، Römer ص ٨٢ ، Küntzel ص ٥ .

(٢) Römer ص ٨١ .

فلا حاجة مطلقا إلى إرادة تحول إيجابية وإنما يكفى ألا توجد إرادة عكسية.
ويتبين من ذلك بوضوح أن التحول لا يمكن أن يرد على تصرف صورى أو على
تصرف أبرمه الطرفان حال علمهما بهذا البطلان (١) .

ويعلق Römer (٢) على هذا النص بما يلى : أما من الناحية الموضوعية
materiell فإن هذا الاستبقاء جائز، إذ أن إرادة إنهاء عقد البيع تتضح دون شك
من خلاله ، كما يجب أن يضاف إلى ذلك أن التراضى consensus الوارد على إنهاء
العقد الرضائى تنتج نفس الآثار القانونية مثل المبارأة حيث تنطبق ، وهذا الأثر
هو إنهاء التصرف بقوة القانون ipso iure (٣) .

(ب) إلى تراض عكسى Contrarius consensus .

وفى هذا الصدد يستند Paulus إلى نص للابيو Labeo شرحه هو يقول :

"Si ego tibi acceptum feci, nihilis magio ego a te liberatus sum".

وعلى عكس ذلك يقول Paulus :

Fr.23.h.t. : "immo cum Locatio conductio, emptio venditio conventione facta est et nondum res intervenit, utrimque per acceptilationem, tametsi ab alterutra parte dumtaxet intercessit, liberantur obligatione".

فيعلمنا لابيو أن المبارأة إنما ترفع دين المبارىء Acceptilationsgeber
فقط مما يؤدى إلى الظن بأن الالتزامات التبادلية الناشئة عن عقد ملزم للجانبين يمكن
أن تتخذ ثوب تعهدين Stipulatio متقابلى الاتجاه . وعلى عكس ذلك

---

(١) Römer ص ٨١ ، و Weil ص ١٢ و Küntzel ص ٥ و Fischer ٣٢ .

(٢) ص ٨٠ . قارن Windscheid ص ٣٦٧ هامش ، A .

(٣) عكس ذلك Voss ص ٥٨ مجرد الاتفاق nudum Pactum ليس تصرفاً قانونياً.
فهو لا ينشىء حقاً تاماً يصلح للتقاضى وإنما هو يوفر دفعاً لا يعمل بقوة القانون ipso iure
إطلاقاً . لهذا فإن كلا النصين عديم الفائدة بالنسبة لنظرية التحول .

يقول Paulus أن المبارأة[1] المنشئة لالتزامات من جانب واحد الواردة على عقد رضائى ملزم للجانبين — لم ينفذ بعد من أى جانب — تنتج نفس آثار التراضى العكسى من إبراء الطرفين معا إبراء كاملا .

ومثل ذلك يقول يوليان Julian :

1.5.D. de Resc. vend. 18.5. : cum emptor venditori : vel emptori venditor acceptum faciat, voluntas utriusque ostenditur id agentis, ut a negotio discedatur et perinde habeatur, ac si convenissit inter eos. ut neuter ub altro quicquam peteret. sed ut evidentius appareat, acceptilatio in hac causa son sua natura, sed potesta conventionis volet".

فالمبارأة هى الشكل الذى يتم به إنهاء الإلتزام اللفظى Verborum obligatio ، فهى لا ترد مطلقا على العقود الرضائية ومنها بالطبع كذلك البيع . فإذا وردت عليها كانت باطلة باعتبارها مبارأة ، ولكنها يجب كما قال Ulpian أن تصح باعتبارها عقدا رضائيا أى إنهاء للبيع عن طريق التراضى ، وهذا ممكن لأن العقود الرضائية لا تتطلب أى شكل خاص ، فضلا عن أن إرادة إنهاء البيع قد اتضحت كذلك فى هذه المبارأة الباطلة — فآثار التصرفين واحدة وهى على وجه التحديد : إنهاء التصرف بقوة القانون ipso iure (٢) .

فكل من هذين النصين لا يتطلب لتحول المبارأة الملزمة لجانب واحد إلى تراض عكسى ملزم للجانبين إرادة تحول خاصة ، ولا — من باب أولى —

---

(١) وهى لا تتطلب فى الواقع شكلا خاصاً . قارن Fischer ص ٣٣ و Küntzel ص ٦ و Römer ص ٧٩ .

(٢) كذلك Römer ص ٨٠ و Unger : القانون العام النمسوى Öster. pr. R. جـ ٢ ص ١٥٨ .

إعلان هذه الإرادة . ولكنهما على أي حال يشترطان ضمنا لذلك ألا يتبين وجود إرادة عكسية (١) .

رابعاً : تحول التعهيد Stipulatio (٢) .

أما النص الأول الذي يدخل هنا في اعتبارنا فهو نص يولبيان :

Fr. 1 § 2 D. de V. O. 45, 1 الذي يذهب إلى أنه إذا أجيب على طلب التعهيد بهز الرأس فقط وكان التعهيد لذلك باطـــلا فإنه لن ينشأ عن ذلك حتى ولا التزام طبيعي .

وبينما يدرج درنبرج Dernburg (٣) هذه الحالة تحت مجرد تغيير الإسم يجد Unger (٤) فيها استثناء هاما يريد Römer (٥) أن يفسره بتخلف

---

(١) كذلك Küntzel ص٥ و Fischer ص٤٠ وWeil ص١٢. ولا يعترض ذلك أن التصرف الجديد يكون مضمونه مختلفا عن مضمون التصرف البـاطل ، إذ أن هذا الحل يجري كما هو واضح طبقاً لنية الطرفين .

أما Brinz جـ ٢ بند ٢٨٣ ص ٣٩٠ فيشك لماذا لا يكون مجرد الاتفاق nudum pactum كان قد أريد بادىء الأمر . أما درنبرج Dernburg باندكت ص ٨٨ هامش ٢ فيأخذ هنا بمجرد تحول في الإسم ، أما Weisengrün ص ٣٤ فيقول بالتحول هنا على أساس وحدة الغرض . لـكن Voss ص ٥٨ يزعم هنا أنه ليس ثمة تصرف جديد قد حل محل التصرف غير الصحيح .

(٢ ـ ترجمة) التعهيد stipulatio هو عمل شكلي لفظي ينشأ به الالتزام في ذمة المدين. إذ يطلب الدائن من المدين تعهده بالتزام ما فيجيبه المدين بقبوله التعهد فينشأ الالتزام .

ويترجم التعهيد عاده بالاشتراط (عبد المنعم بدر جـ ٣) . ولـكن المرحوم عبد العزيز فهمي باشا (المدونة ص ٢٠٧) انتقد هذا التعبير ولـكنه استعمل بدله تعبير الاستيعاد . إلا أن الدكتور شفيق شحاته لم يقر هذا الاصطلاح (القانون الروماني ص ١٢٠) واستعمل تعبير التعهد الرسمي وأشار علينا باستعماله . والواقع أنه أقرب التعبيرات إلى المعنى اللاتيني وإلى المعنى القانوني . وقد استعملنا هنا تعبير التعهيد ، لأن الالتزام ينشأ بأن يطلب الدائن تعهد المدين ، كما أن اصطلاح Stipulatio كان قاصراً في أول الأمر على سؤال الدائن الموجه إلى المدين بطلب تعهده .

(٣) باندكت جـ ١ بند ١٢٩ هامش ٦ .

(٤) القانون الخاص النمسوي Öster. Pr. R. جـ ٢ ص ١٥٨ هامش ٧٢ .

(٥) ص ٧٠ و ٧٨ .

الإرادة (١) ، والاختــــلاف الـكامل بين آثار كل من التصرفين (٢). أما Fischer (٣) فيذهب إلى أن هذه ليست حالة تحول على الإطلاق ، لأن مجرد الاتفاق nudum pactum لا ينشىء لا التزاما مدنيا ولا التزاما طبيعيا ، وأن التحول إلى مجرد اتفاق بالوفاء pactum solvendi لا يمكن أن ينشىء أية آثار قانونية (٤) .

أما النص الآخر ليوليبيان فهو :

Fr. I § 4.D. de pec. const. 13,5 : "cum qui inutiliter stipulatus est, quum stipulari voluit, non constitui sibi dicendum est, de cosntituto experiri non posse, quoniam non animo constituentis, sed promittentis factum est".

فهو يرفض كذلك تحول التعهيد stipulatio الباطل إلى تعهد بدفع دين سابق (٥) Konstitut ، الذى وإن كان لا يتطلب فى الحقيقة شكلا خاصا إلا أنه

---

(١) كذلك Brinz جـ ٢ ص ٢٣٤ .

(٢) كذلك Rutenbeck ص ٥٠ و Weil ص ١٣ .

(٣) ص ٣٤ .

(٤) قارن Pernice جـ١ ص٤٤٠ ، Windscheid بند ٨٢ هامش ٤ و Küntzel ص ٨ و Weisengrün و Girard : Le droit Romain ص ٦٩٧ هامش ٣ .

(٥ ــ ترجمة) التعهد بدفع دين سابق Konstitut هو اتفاق يتعهد بمقتضاه شخص هو الملتزم Constituant دون استعمال عبارات معينة بأن يدفع ديناً سابقاً سواء دينه هو نفسه Constitutum debiti proprii أو دين شخص ثالث Constitutum debiti alieni.

وهذا الإصطلاح ناشىء من تعبير Constituere ومعناه تحديد يوم . وكان الغرض الأصلى منه أن يحصل المدين الذى حل أجل دينه ولم يستطع الوفاء، على أجل آخر فيتمكن فيه من الوفاء . وقد حمى البريتور الدائن من سوء نية المدين الذى حل أجل دينه ثم حصل تحت تهديد دعوى Condictio certa pecunia على أجل آخر ولم يف فى آخر موعد منه بدينه وذلك بمنح الدائن دعوى actio de pecunia costituta .

وشرط صحة هذا التعهد أن يلتزم الشخص فى الاتفاق فى عبارات واضحة بالدفع . وكان فى الأصل يجب تحديد موعد الدفع لصحة الاتفاق . ولـكن فى العصر العلمى أصبح الاتفاق صحيحاً ولو لم يحدد موعد الدفع . وكان الأصل أن يرد الاتفاق على المبالغ المالية فقط ، ولـكن فى العصر العلمى كان يمكن أن يرد على كل مايعد أو يوزن أو يقاس . وأجاز جوستنيان وروده على كافة الأشياء . وهو يتطلب بالضرورة وجود دين سابق سواء كان طبيعياً أو مدنياً

مزود بدعوى التعهد بدفع دين سابق actio de coustituta pecunia .

وهنا تختلف التعليلات كذلك فبينما يتكلم أغلب الفقهاء (١) عن اختلاف الآثار يتحدث Dernburg (٢) عن مجرد تغيير الإسم . ولما كان التعهد بدفع دين سابق Konstitut تصرفا غير شكلى فإن تعليل Pernice (٣) هو الآخر غير صائب (٤) . أما Fischer (٥) فيبين أنه يجب الوقوف عند السبب الذى تضمنه النص نفسه ، إذ أن نية إنشاء التعهد بدفع دين سابق animus constituentis قد تخلفت ، ولهذا يكون التحول ممتنعا . ويرى أن سبب عدم إجازة التحول فى هذه الحالة هو اختلاف الآثار، إذ أن دعوى التعهد بدفع دين سابق actio de pecunia تتضمن جزاء إضافيا قدره ٥٠٪ وهذا ما يتعارض مع افتراض وجود نية إنشاء التعهد بدفع دين سابق animus constituentis .

ثم يضيف إلى ذلك أن هذا الظرف وحده لا يمكن أن يبرر استحالة تحول التعهيد إلى تعهد بدفع دين سابق وإلا لكان Ulpian قد قال ذلك .

وعلى عكس ذلك ترى Weil (٦) أن هذا التعليل بدوره غير صائب . لأن الآثار الرئيسية لكل من التصرفين متقاربة جدا من الناحية الموضوعية materiell والواضح من كل الظروف أن الطرفين كانا قد يريدان هذا التحول .

---

(١) Unger . القانون الخاص النمسوى ج ١ ص ١٥٨ و Windscheid بند ٨٢ هامش ١٤ و Rutenbeck ص ٦٣ .

(٢) باندكت — أعلاه .

(٣) ج ١ ص ٤٠٥ .

(٤) Fischer ص ٣٥ و Weil ص ١٤ و Römer ص ٦٩ الذى يرى أن السبب هو اختلاف تصرفات القانون الضيق stricti iuris negotium عن تصرفات حسن النية bonae Fides negotium .

(٥) ص ٣٦ وكذلك Thöl القانون التجارى Handelsrecht ج ٢ ص ٦٢٣ و Küntzel ص ١٧ .

(٦) ص ١٤ .

خامسا : تحول وصية الجندى :

وهنا يعرض لنا النص :

l.3 Dig. de testam. militis 29.1. (Ulpianus libro 2 ad sabinus) : "si miles, qui destinaverat communi iure testari, ante defecerit, quam testaretur, Pomponius dubitat, sed cur non in militi diversum probet ? neque eium, qui voluit iure communi testari, statim beneficio militari renunciavit, nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua iudicia, sed magio utroque genere voluisse propter fortuitos casus, quemadmodum plerique pagani solent, quum testamentum faciunt per scripturam, adjicere, velle hoc etiam vice codicillorum valere, nec quisquam dixerit, si imperfectum sit testamentum, codicillos non esse ; nam secundum nostram sententiam etiam, D. Marcus rescrépsit".

فيقضى Ulpian على عكس پومبونيوس Pomponius أن الوصية الصادرة من جندى — أراد أن يوصى طبقا للشريعة العامة — والباطلة طبقا للقانون المدنى تستبق باعتبارها وصية جندى التى لا يلزم فيها شكل خاص .

فوجهة نظر Ulpian هى إذن أن الإرادة الأخيرة للجندى ، الذى أراد إنشاء وصية طبقا للشريعة العامة وتوفى قبل أن يتمها ، تستبقى باعتبارها وصية الجندى ذات الامتيازات الخاصة ، دون أن يتطلب لذلك أن تكون إرادة الجندى اتجهت بأى حال إلى ذلك ؛ فهنا يتم التحول إذا لم تعترضه إرادة عكسية (١) .

---

(١) Römer ص ٨٥ و Fischer ص ٢٩ و Küntzel ص ٤ و Weil ص ١٦ : إن مقارنة هذه الحالة بحالة شرط الإلحاق أمر غير مقبول ، لأن التحول إنما يتم فى حالتنا هذه بدون اتجاه إرادة خاصة إلى ذلك (Römer ص ٧٦) . لهذا استطاع Pernice جـ ١ ص ٤٠١ أن يقول أن هذه الحالة يجب أن تعالج بطريقة مختلفة عن حالة شرط الإلحاق . ويمكن أن يؤدى إلى هذا الخلط التشابه الظاهرى فى كل من الحالتين ، إذ فى ذلك الحين كان الإلحاق لا يتطلب (بصرف النظر عن الكتابة) شكلا خاصاً كما هو الأمر فى وصية الجندى (Römer ص ٨٦ و Fischer ص ٣٩) » .

ويعلل Römer (١) أنه فى هذه الحالة لا تتطلب إرادة خاصة تكون قد اتجهت إلى ذلك (التحول) ، بأن آثار وصية الجندى هى فى جوهرها نفس آثار الوصية الشكلية طبقا للشريعة العامة إذ تنشأ عن كليهما نفس العلاقة القانونية وهى التوريث المباشر الوارد على مجموع أموال directe successio per Universitatem . أما الفارق بينهما فهو فى جوهره فارق شكلى (٢) . أما الطرفان فلم يريدا الشكل — لم يريدا الوسيلة فى حد ذاتها — وإنما باعتباره وسيلة لتحقيق غرض ، فهما أرادا هذا الغرض فقط . ويؤكد وجهة النظر هذه نفس عبارات النص « .... neque eium » . على أن الأمر لم يكن تام الوضوح فى نظر الفقيه ، إذ بدلا من أن يقول أن الموصى أراد على وجه القطع الغرض فقط دون الشكل ، قال أنه أراد كل شكل يؤدى إلى هذا الغرض . لهذا لا يمكن القول بان الجندى أراد أن يتنازل عما له من ميزات كجندى حتى إذا ما أوصى طبقا للشريعة العامة (٣) .

أما Weisengrün فيرى أن التحول إنما يجوز فى هذه الحالة لأن آثار كل من التصرفين واحدة (٤) ، وعلى عكس ذلك يرى Fischer (٥) أنه لو صح ذلك لما كان هناك تحول . ونقطة البدء عنده أنه بفرض أن امتيازات نظام توريث الجنود تظل قائمة حتى ولو أنشأ الجندى وصية عادية (٦) ، إلا أنه رغم ذلك يظل الفارق قائما فى أن وصية الجندى إنما تصح فقط فى حالة الوفاة فى الخدمة أو فى السنة التالية لتسريحه طالما كان ذلك مشرفا . فتعليل Ulpian يقتصر على أن

---

(١) ص ٨٦ .

(٢) موضوعياً فقط فى نطاق أن وصية الجندى حتى من حيث مضمون الوصية — كانت تتمتع بامتيازات خاصة أيضاً .

(٣) Küntzel ص ٥ و Fischer ص ٣٠ : أما أن النص يتحدث عن عدم تنازل (عن الامتيازات) لا عن إعلان معيب كما يقول Brinz (جـ ٢ ص ٣٩٠) فلا يمكن الموافقة عليه إذ أن الإعلان هو نفسه المعيب .

(٤) ص ٢٣ : ويذهب إلى أن وصية الجندى وإن كانت حقيقة من تصرفات الإرادة الأخيرة إلا أنها من نوع آخر مختلف تمام الاختلاف عن وصية الشريعة العامة التى لا تتفق معها إلا فى الغرض فقط .

(٥) ص ٣٠ .

(٦) Weisengrün أعلاه .

الظروف لا تنم عن وجود إرادة عكسية ، كما أن التنازل عن امتيازات الجندى لم يرد عنه بصفة خاصة أى كلام .

وعلى أى حال فإن Weil (١) تنازع فى هذا الفارق الذى يؤكده Fischer (٢) مبينة أن الرجوع فى شأن تصرفات (Verfügungen) الإرادة الأخيرة إلى وقت الوفاة دون وقت إنشاء تلك التصرفات (Verfügungen) إنما يفيد أن ذلك التقييد الزمنى إنما هو شرط فقط وليس أثرا . والفارق الحقيقى فى رأيها هو أن وصية الجندى لا تسرى عليها قاعدة nemo pro parte .

وعلى أى حال فإننا نجد فى هذا النص حالة تحول حقيقى بالمعنى الفنى الحديث.

خلاصـــة :

يبين لنا بحث هذه المصادر أن الرومان قد عرفوا نظام التحول معرفة ناشئة عن إحساسهم القانونى على الأقل . فالتحول كان إذن جائزا إذا ما كانت الأغراض المقصودة (بالتصرفين الباطل والجديد) تقع فى نفس الاتجاه ولم يتحقق من وجود إرادة عكسية أو ظروف يكون التحول تبعا لها خارجا عن مقصود المتعاقدين .

كما أن مبدأ Forma dat esse rei (الشكل يعطى الوجود للعمل) لم يحل دون استبقاء التصرفات الشكلية الباطلة باعتبارها تصرفات غير شكلية فى نطاق مبدأ التحول (٣) .

أما إلى أى حد تؤيد هذه المصادر التحول أو تنفيه فلا يدخل فى نطاق هذا البحث إنما يكفينا أن نقرر أن الرومان قد عرفوا مبدأ التحول وعرفوا كيف يفيدوا منه .

---

(٤) Weil ص ٩٦ .

(٥) أعلاه .

(١) Fischer ص ٣٨ و Weil ص ١٧ و Voss ص ٦٠ يرى أن هذه المصادر ليست إلا قواعد تفسير .

الفصل الرابع

ثانيا : فى فقه العصور الوسطى[1]

لقد ساهم القانون الكنسى فى العصور الوسطى بنصيب قوى فى تشكيل تطور القانون الرومانى . فقد خفف من حدة الأشكال الرومانية ومنح الإرادة دورا كبير الأهمية . وقد عرفت فيه آثار التحول عن طريق القسم iuramentum وشرط استبقاء التصرف على أحسن وجه ممكن . فى حالة القسم يظل المتعاقد ملتزما بسبب القسم حتى بعد بطلان التصرف . أما تطبيق شرط استبقاء التصرف على أحسن وجه ممكن ، مثل شرط أن يصح التصرف فى كل صورة أحسن ،

"omni mellioi modo actus valeat"
"valeat omni iure quo melius valere potest",

أو فى كل صورة ممكنة ،

iubeo ratum esse quacumque ratione et quam optime potest"

وغيرها فقد أدى إلى انقاذ التصرفات من البطلان إذ يؤدى إلى الإبقاء على التصرف فى كل صورة صحيحة ممكنة أو فى أحسن صورة ممكنة . أما أشهر تطبيق لهذه الشروط فهو وصية جان جاك روسو J. J. Rousseau التى ذكر فيها أن الوصية يجب الإبقاء عليها فى حالة بطلانها فى كل صورة أخرى صحيحة . إلا أن آثار التحول كانت تقع فى الحالتين نتيجة للإرادة الحقيقية المتجهة إلى ذلك على أى حال .

أما فيما يتعلق بالمصادر الرومانية فيسترعى نظرنا حكمان لاثنين من البابوات إذ حكم إنوسنس الثالث Innozenz III بأن الزواج الباطل بسبب قصر الزوجة يصح باعتباره خطبة[2] وقد وافق بونيفاسيوس الثامن Bonifacius VIII على هذا وإن كان ذلك فى عبارات عامة .

---

(١) Satta : تحول التصرفات القانونية ص ٥٨ — ٦٢ .

(٢) انظر أعلاه : الفصل الثالث أولا : كان يشترط لصحة الزواج بلوغ الزوجة سن الثانية عشرة من عمرها بينما يشترط لصحة الخطبة أن يكون سنها سبع سنوات فقط .

الفصل الخامس

ثالثا : فى الشريعة الألمانية العامة(1)

لقد عمد فقه الشريعة العامة فى مجال التحول ، كما فعل فى غيره من مجالات

(1) الشريعة العامة das gemeine Recht هو النظام القانونى الذى كان سائداً فى الدول الألمانية قبل وضع مجموعة القانون المدنى الألمانى على ما سبق بيسانه . ويقابل هذا التعبير ما يعرف فى انجلترا بالـ Common Law وفى فرنسا droit commun . وتترجم هذه العبارات عادة بالقانون العام مما يؤدى إلى الخلط بين هذا النظام وبين القانون العام drt. public المقابل للقانون الخاص drt. privé . والواقع أن الاصطلاح العربى هنا ضيق جداً ومؤد إلى الغموض واللبس . وقد أشار علينا الدكتور شفيق شحاته باستعمال تعبير الشريعه العامة . والواقع أن هذا التعبير أكثر توفيقاً من تعبير القانون العام ، ويؤيده تاريخ القانون الإسلامى . فالشريعة هى النظام القانونى القائم على مبادىء الإسلام والذى كان سائداً فى كافة الدول الإسلامية بغض النظر عن ظروف كل منهـا الخاصة . وكانت هى الواجبة التطبيق بجانب أوامر ولى الأمر الذى كان يستطيع أن يرجع عند الخلاف أو يقيم التشريع على أساس من المصالح المرسلة (نظرية المالكية) أو الاستحسان (عند الحنفية) . فأوامر ولى الأمر هى صاحبة المقام الأول تليها الأحكام العامة التى تطبق عند عدم وجود هذه الأوامر . إلا أن سريان هذه الأوامر مقيد بطبيعة الحال بعدم مخالفة الكتاب والسنة وإجماع المسلمين . إلا أنه قد يعيب هذا التعبير وصف الشريعة بالعامة وإن كان هذا الوصف أقرب إلى الاصطلاح العربى . وقد يكون من الأنسب أن تسمى بالشريعة المشتركة خاصة وأن تعبير المشترك يقابل اصطلاحات Commun ، Common, gemein وهى تفيد عموم الشىء بين الناس جميعاً لاشتراكهم جميعاً فيه ، ففكرة المشاركة هى أساس العموم فى هذه الاصطلاحات . فضلا عن أن هذا الاصطلاح يكشف عن طبيعة هذا النظام . فهو يفترض وجود نظام قانونى كامل يسرى فى جميع أنحاء الدولة تشترك جميعا فيه عند عدم وجود قوانين خاصة بكل منها تستبعده ، ويكون هو الأساس النافذ عند عدم وجود مثل هذه التشريعات الخاصة . لهذا نفضل أن نطلق على هذا النظام اصطلاح الشريعة المشتركة وإن كنا قد استعملنا هنا تعبير الشريعة العامة . ويختلف هـذا الاصطلاح عن اصطلاح آخر هو das allgemeine Recht ويقابل تعبير drt. général كما هو الأمر فى قانون بروسيا الصادر سنة ١٧٩٤ والذى كان ساريا فى دولة بروسيا والأقاليم التابعة لها . ونرى ترجمة هذا الاصطلاح بالقانون العمومى . فهو يختلف عن الشريعة المشتركة فى أنه يتقدم التشريعات الخاصة للأقاليم ولا تتقدمه هى بعكس الحال فى الشريعة المشتركة .

القانون إلى المصادر الرومانية فحصها وبحثها ثم قعدها . والظاهر أن هـــذا التطور قد اتخذ مجراه فى نطاق التحول دون أن يتأثر بأى طابع جرمانى[1] . وبزوال الأشكال الرومانية التى عاقت تطور نظام التحول ، زالت كذلك حالات كثيرة من حالات عدم الصحة التى كانت تتيح الفرصة لتطبيق مبدأ التحول[2] .

أما كتاب الباندكت Pandektisten الأول ، فغير متفقين فيما يتعلق بمبدأ التحول أو تحديده عن غيره من المبادىء الأخرى . فقد حاول الفقه القديم أن يخرج عن قيود النصوص الرومانية حين أجاز تحول الوصية الباطلة إلى إلحاق حتى دون أن تتجه إلى ذلك إرادة خاصة . ولـكن المحاولة تعثرت لأن حالة شرط الإلحاق كانت تخلط باستمرار بحالة التحول الحقيقى . فضلا عن أن وجهة النظر التى كانت سائدة حينذاك من ضرورة وجود نية تحول حقيقية animus reale convertendi عاقت تطور التحول ، لولا أن قامت فى ذلك الحين بالذات نقط ارتـكاز لصالح التحول[3] .

أما اصطلاح « تحول التصرف القانونى conversio actus iuridici » فنجده لأول مرة ، فى بحث صادر سنة ١٧٤٧ لكرستوفر فردنندهاربرشت Christopher Ferdinand Harpprecht الأستاذ بجامعة تيبنجن Tübingen جاء فيه :

"de es quod iustum est circa conversionem actuum negotiorum que iuridicorum iam peractorum".

---

(١) جدير بالملاحظة أن الفقه الألمانى فى عهد الشريعة المشتركة ، هو الفقه الوحيد الذى عرف نظام التحول وجعل منه مبدأ عاما . أما الفقه الفرنسى فإنه حتى الآن لا يقر هذه الفـكرة . أما مجموعة نابليون فلم تعالج التحول إطلاقا ، وكذلك مشروع القانون المدنى الفرنسى الجديد الذى رفض الأخذ بهذا المبدأ دون تعليل صائب . قارن مجموعة الأعمال التحضيرية للجنة مشروع القانون المدنى الفرنسى . وقد قال مازو Mazeaud أن هذه الفـكرة خاطئة وغير ذات فائدة (راجع فيما بعد) . أما الفقه الإيطالى فقد عرف التحول لأول مرة فى مجموعة القانون المدنى الصادرة سنة ١٩٤٢ أخذا عن القانون الألمانى . أولا يمكن أن يدل هذا على أن ثمة عوامل جرمانية خاصة لعبت دورا كبيرا فى قيام وتطور هذا النظام . ؟

(٢) Fischer ص ٣٨ Weil ص ١٧ .

(٣) Fischer ص ٣٩ و Küntzel ص ١٣ و Weil ص ١٧ .

فيقول Harpprecht أن التحول يقع إذا ما كان الغرض المقصود من التصرف يمكن تحقيقه بوسائل قانونية مختلفة . وكان الطريق الأول Modus الذى اتجه إليه المتعاقدان بالذات وقصداه فى المحل الأول ، قد خاب بسبب عيب لازمه ، ولكن كان يمكن أن يظل قائما باستعمال طريق Modus آخر يتطلب شكلا أخف . ولا يؤثر فى ذلك حتى لو تغير التصرف بسبب ذلك تغيرا قليلا وألا يظل ما كان يجب أن يكونه فى المحل الأول ، متى تحقق الغرض المقصود ولو بصفة عامة فقط(١) . ويشترط عموما لذلك فقط (١) أن يظل شكل Forma التصرف الجديد من الناحية الذاتية subjektiv والموضوعية objektiv كما كان متضمنا فى التصرف الأصلى ex asse complecatur . والمقصود بالشكل Forma هنا العناصر الأساسية للتصرف التى تعتبر مرتبطة بالرضا شرطا لوجوده وبدونها لا يكون ما هو ، أى : ipo rei essentia cum existentia coniuncta eiusque conceptus sine id, per quod res est en, quae est”.
(٢) ألا يكون من صدر عنه التصرف قد استبعد هذه الصورة Modus الجديدة للتصرف صراحة أو ضمنا .

وإلى Harpprecht ينضم هوفاكر Hofacker (٢) الذى يرى أن جوهر التحول إنما هو فى التحقيق الجزئى للغرض المقصود من التصرف الباطل عن طريق تصرف آخر يتطلب أركانا أقل actus minus principaliter gestum؛ ويستلزم فى ذلك أن تتوافر العناصر الذاتية والموضوعية للتصرف الجديد فى التصرف الباطل توافرا كاملا . وإلى جانب الحالة التى ينص فيها صراحة على أن يصح التصرف فى جميع الصور الممكنة كما فى شرط الإلحاق Kodizillar klausel ، يجوز التحول كذلك إذا كان نوع art التصرفين الباطل والجديد واحدا . وأخيرا كذلك إذا لم يشترط صراحة أن يصح التصرف فى الصورة الأصلية فقط .

أما تمييز التحول عن النظم المقاربة له كالبطلان الجزئى (الإنقاص) ومجرد

---

(١) قارن Fischer ص ٣٩ .

(٢) مبادىء القانون المدنى الرومانى ـ الألمانى Principia iuris civilis Romano-Germanici بند ٢٢١ ص ١٧٤ . قارن Fischer ص ٤٠ .

التفسير ، فقد كان فى بادىء الأمر عسيراً على فقهاء الشريعة العامة . فيرى تيباوت[١] Thibaut أن التحول إنما هو الإبقاء على الجزء المطابق للقانون فى تصرف غير مطابق فى باقيه للقانون ، وأنه تصرف آخر مختلف عن التصرف المقصود . أما بوختا[٢] Puchta فيدرج التحول تحت البطلان الجزئى ويتطلب لإجرائه شرط الإلحاق Clausula codicillaris ، ثم يتطلب فضلا عن ذلك أن يكون التصرف الجديد من نوع Art آخر غير نوع التصرف الباطل[٣] .

ولكن لا يمكن القول بأن هؤلاء الكتاب قد خلطوا التحول بالبطلان الجزئى خلطا تاما ، فإنهم أقروا التحول باعتباره مبدأ قائما بذاته . كل مافى الأمر أنهم أدرجوه تحت البطلان الجزئى الذى اعتبروه فكرة أعم ، وهذا فى حد ذاته ، هو الذى يعتبر غير صائب[٤] . وهذا مالاحظه بحق ڤيشتر Wächter[٤] إذ قال : يختلف التحول عن البطلان الجزئى اختلافا جوهريا ؛ فى البطلان الجزئى يستبقى التصرف الأول والمقصود أصلا جزئيا لأنه صحيح جزئيا ، إذ أنه غير صحيح من حيث الكم quantitativ فقط : أما فى التحول ، فإن التصرف الأول والمقصود أصلا ، باطل بهذا الاعتبار ، ويدور الأمر حول الإبقاء عليه باعتباره تصرفا آخر تماما .

أما تحديد التحول بالمقارنة إلى مجرد التفسير فيبدو أكثر غموضاً . فبينما يفرق بحق Holzshuher و Wächter وعلى الأخص رجلسبرجر Regelsberger حالات التسمية الغلط للتصرف عن التحول ، ينتهى Dernburg[٥] إلى أن الأمر لا يدور حول تغيير للتصرف ذاته وإنما حول استبقاء التصرف نفسه تحت اسم

---

(١) باندكت جـ ١ بند ٨٠ .

(٢) باندكت جـ ١ بند ٦٧ ص ١٠٥ ، محاضرات بند ٦٧ رقم ٥ .

(٣) كذلك Arndt وخاصة Wächter (باندكت جـ ١ بند ٨٤) حين يقول أن تصرفا آخر صحيحا يختفى فى التصرف الباطل .

(٤) Weil ص ١٧ . وفى الفقه الحديث يعتبر ليمان Lehmann (الجزء العام ص ١٥٤) أن التحول هو حالة خاصة للبطلان الجزئى .

(٥) القانون المدنى لفرتمبرج Würt. Pr. R جـ ٢ ص ٦٧١ .

آخر . » فعلى القاضى أن يسترجع وجهات النظر التى بمقتضاها يتحقق التصرف صحيحا الذى تصوره الطرفان تصورا غير صحيح (١) » .

وفى هذا يدور الأمر فى حقيقته على الإبقاء على التصرف نفسه لا على تحوله . وهكذا يخلط Dernburg التحول بالغلط فى التسمية falsa demonstratio التى يكون من سلطة القاضى أن يصححها من تلقاء نفسه دون حاجة إلى نص تشريعى خاص ، والتى كان فقه الشريعة العامة نفسه يفرق بينها وبين التحول . وكذلك فإن ما يسميه Dernburg « بالتحول من حيث الموضوع Konversion der Sache nach » كما يسمى حق أحد الطرفين فى تغيير عقد قائم وفقاً لمطلق رغبته ، لا صلة له بالتحول الحقيق ؛ إذ فى تلك الحالة يتم التغيير القانونى ، طبقاً لإرادة تعاقدية خاصة لأحد الطرفين(٢) .

أما وجهة نظر فندشيد Windscheid[٣] فقد كانت ذات تأثير كبير على تشكيل التحول فى المشروع الاول لمجموعة القانون المدنى الألمانى . أما تعريفه فغير صحيح على الإطلاق ، إذ مقتضاه أن التصرف الأصلى يستبقى باعتباره ذلك التصرف الذى لم يفكر فيه الطرفان : إذ تسترجع ناحية من التصرف نفسه لم تكن مكشوفة » eine nicht offenliegende Seite . فعدم الصحة يقوم إما بالنسبة للقانون فى إطلاقه ، وإما بالنسبة لتلك القاعدة القانونية التى كانت تحت نظر من عقد التصرف فى بادىء الأمر . إذ أن التصرف لم يستوف العناصر التى تتطلبها تلك القاعدة القانونية فى التصرف ليكون تصرفا صحيحا ؛ وإنما يوافق entspricht على عكس ذلك العناصر التى تتطلبها قاعدة قانونية أخرى ، تنتج عنها نفس الآثار القانونية . وفى استبقاء التصرف طبقاً لهذه القاعدة القانونية الأخيرة ، إنما تتبع الإرادة الظنية (الاحتمالية) vermutlich لعاقده .

أما إقامة المسألة على أساس القاعدة القانونية التى كانت تحت نظر العاقدين لا على أساس تحقيق ما كانا يقصدانه من غرض ، فليس بالعملى ولا بالصحيح (٤) .

---

(١) باندكت .Pand جـ ١ ص ٢٨٨ .

(٢) قارن Fischer ص ٤٤ و Küntzel ص ١١ و Weil ص ١٧ .

(٣) باندكت .Pand بند ٨٢ رقم ٥ .

(٤) Fischer ص ٤٦ و Küntzel ص ١٢ .

فعند ما يطبق القاضى على التصرف قاعدة قانونية أخرى لم يفكر فيها الطرفان فلا صلة لذلك إطلاقا بجوهر التحول، كما لو سمى التصرف باسمه الصحيح قانونا بدلا من التسمية غير الصحيحة التى اختارها الطرفان . ولهذا يمكن إدراك لماذا رأى Windscheid صادرا عن وجهة النظر هذه أن تعبير التحول Konversion ليس موفق الاختيار ، فالتصرف سوف يستبق هو نفسه باعتباره ما هو وإنما تسترجع صفحة منه لم تكن مكشوفة . وهذا صحيح فيما يسميه Windscheid تحولا ولكنه غير صحيح فيما يفهمه فقه الشريعة العامة من هذا المدلول . أما فى الحالات الفردية فيقدم لنا Windscheid صور تحول حقيقية ويقول أن الآثار يمكن أن تتغير تبعا لتطبيق القاعدة القانونية الجديدة إذا ما اتفقت فى جوهرها مع تلك القاعدة الأولى التى كانت فى نظر المتعاقدين فى بادىء الأمر . بينما لا يكون ثمة مجال للكلام عن التحول إذا كانت الآثار مختلفة النوع Art كلية(١) . أما حدود التحول فواضحة التعيين وقد تركت فى الحالات الفردية إلى حد كبير للتفسير(٢)

ويقدم لنا برنتز Brintz (٣) تعريفا يبلغ كذلك الغاية فى الغموض : « التحول هو التغيير الذى يمكن أن يطرأ على التصرف حال إنشائه أو حتى قبل إتمامه بحيث يصبح تصرفا آخر غير الذى قصد intendiert أولا . فالتغيير فى ذات Charakter التصرف وهو هنا فى تعارض لفظه مع حقيقة حاله يعنى هنا التحول » . ثم يعقب على ذلك فى ملاحظته على عبارة قصد intendiert ist ، « وفى هذه الحدود يمكن تبرير تعبير التحول » . ثم يخلط بين حالة التحول وحالة شرط الإلحاق (٤) والغلط فى التسمية(٥) والبطلان الجزئى كذلك . ثم يستعمل تعبير التحول Konversion فى حالة تغيير التصرف بتعبير إرادة جديد لاحق إذ يقول : (٦) « ومن الممكن هنا كذلك أن يكون قد قصد — عدا التصرف الباطل —

---

(١) Weil ص ١٨ و Fischer ص ٤٦ .

(٢) Fischer ص ٤٦ و Weil ص ١٨ .

(٣) باندكت ج ١ ص ٣٩٠ .

(٤) يقول أن الحالة الوحيدة الوثيقة للتحول يقدمها لنا شرط الإلحاق .

(٥) إذ يقرن بالتحول حالة تغيير عقد شركة إلى شركة مساهمة طبقا للعقد نفسه .

(٦) باندكت ج ٤ ص ٢٣٤ بعكس النصوص التى ذكرناها أعلاه .

ذلك التصرف الآخر على وجه الاحتمال ، أو أن يكون التصرف الأول المستحيل قد قصد من حيث الإسم فقط أما التصرف الثانى الممكن فقد قصد من حيث الموضوع (وهو ما يمكن أن يقع بسهولة بسبب عدم الإلمام بالقانون) أو يكون فى قصد الأول قصد للآخر فى نفس الوقت إذا ما كان التصرف الثانى لا يستهدف أساسا غرضا آخر غير ما يستهدفه الأول » .

أما أفضل تحديد للتحول فى فقه الشريعة العامة فقد وضعه Regelsberger (١) « يمكن أن تتضمن واقعة التصرف القانونى فى ذاتها — التى لا تستطيع تحقيق التصرف القانونى الذى قصده الطرفان — عناصر تصرف آخر مشابه ، فهل يمكن فى هذه الحالة الإبقاء على التصرف فى هذه الصورة Gestalt الثانية ؟ عند الشك يجب القول بهذا الاستبقاء إذا كانت النتيجة Erfolg العملية التى قصدها الطرفان يمكن تحقيقها فى جوهرها عن طريق التصرف الآخر . إذ يفترض أن العبرة لدى الطرفين كانت بالغرض Zweck لا بوسيلة معينة لتحقيق هذا الغرض ، بل وأنهما يفضلان الوصول إلى جزء من هذا الغرض عن الإخفاق الكامل فى ذلك ، ولا شك أن هذا الاستبقاء لا يكون جائزا إذا اعترضته إرادة الطرفين . » وبهذا يؤكد بحق وجهة النظر القائلة بأن التحول يخرج عن التفسير لأنه يتم فى معنى im Sinn إرادة المتعاقدين لا طبقا لها Gemäss .

أما Dernburg (٢) فيذهب إلى أن وجهة نظر Regelsberger غير صحيحة ، من أن التحول يقع كما يقع تطبيق القانون بطريق القياس ؛ إذ لا يقع طبقاً للإرادة بل فى معناها . فالتحول إنما يحقق فقط إرادة المتعاقدين من إيجاد خير وسيلة ممكنة للقانون المنطبق . أما القياس فى تطبيق القواعد القانونية فهو ضرورى إذ يتعين العثور على قاعدة قانونية تنطبق فى كل حالة . أما القياس فى تطبيق الإرادة التعاقدية فغير جائز مطلقا (٣) .

---

(١) باندكت جـ ١ ص ٦٣٨ .

(٢) باندكت أعلاه .

(٣) ويلاحظ Fischer ص ٤٥ فى هذا أن Dernburg بذلك يتجاهل أن نظام التحول يمكن بالذات إكمال مضمون العقد (قانون العقد lex contractus) بطريقة مماثلة كما أن القياس يكمل بالمعنى الحقيقى ، مضمون القانون objektives Recht .

وتختلف الآراء كذلك أشد الخلاف حول العناصر الموضوعية materielle :
فالتصرف المقصود أصلا والذى تجرد عن إنتاج آثاره القانونية يوصف بأنه غير منتج
لأثره unwirksam أو غير صحيح ungültig أو باطل nichtig أو معيب mangelhaft
دون أن يكون لهذه الاصطلاحات المختلفة معنى خاص فى الحالة الفردية ، ورغم
عدم وجود اتفاق على مدلول هذه الاصطلاحات. ويسود الخلاف فيما يتعلق بعناصر
التصرف الثانى المطلوب استبقاؤه ، رغم أن هذا الأمر ذو أهمية خاصة فى إجراء
التحول ، إذ يتوقف على الإجابة عليه إمكان تطبيق التحول فى العمل . إذ متى
استوفيت عناصر التصرف الآخر أمكن استبقاؤه (التصرف الباطل) باعتباره
كذلك (ذلك الآخر) ؛ وأن أى تشدد فى تطلب هذه العناصر يؤدى إلى تضييق
إمكانيات التحول . وقد تطلبوا بصفة عامة أن توجد فى التصرف الباطل كافة
العناصر الموضوعية objektiv الخاصة بالتصرف الجديد . أما من هو أشد حذرا
فيتطلب مثل Puchta الأركان الموضوعية objektive Bestandteile فقط
و Weisengrün العناصر الموضوعية objektive Erfordernisse و Römer
الشروط الموضوعية ob. Voraussetzungen. ثم يلاحظ بحق(١) أن تحديداً مجدياً
لهذه العناصر لا يمكن أن يصدر إلا عن فكرة التصرف القانونى نفسها . ولكن
طالما كانت هذه الملاحظات العامة غير مصحوبة بإيضاحات دقيقة فإنها تكون
فى الحالة الفردية قليلة الجدوى (٢) . إذ بتحديد عناصر التصرف القانونى بوجه
عام يمكن فقط الوصول إلى تحديد عناصر التصرف الذى يستبقى عن طريق التحول.

ففيم يتعلق بالعناصر الموضوعية يتطلب عند إنشاء التصرف الأول توافر
جميع العناصر التى يستلزمها النظام القانونى فى تصرف من هذا النوع ، فيجب
أن يكون الشكل وأهلية التعاقد اللازمة للتصرف الجديد متوافرة . وعلى أى حال
فلم يتطلب أحد أن يكون مضمون التصرف الثانى قد أعلن : ويكون هذا هو الحال
دائما إذا ما أنتج التصرف الثانى آثارا مشابهة لآثار التصرف الأول أو أقل

---

(١) ص ١٦٧ .

(٢) Fischer ص ٤١ و Weil ص ١٩ و Küntzel ص ١٢ .

منها . وعلى كل حال فإن Weisengrün (١) يشترط أن يحقق التصرف الثانى فى أساسه آثارا مقاربة لتلك التى ينتجها التصرف الباطل . ثم يتطلب فضلا عن ذلك وجوب أن يكون الإعلان — فى حدود دلالته على الغرض القانونى وعلى قصد المتعاقدين — كافيا موضوعيا للتصرف الثانى . ويعنى بذلك أنه يكفى أن يكون مضمون التصرف قد أعلن فى جوهره .

أما فيما يتعلق بالعناصر الذاتية subjektiv فالاتفاق أقل . فالفقه القديم يحيد عن Harpprecht و Hofacker ويتطلب نية التحول(٢) . ويتطلب سنتينيس Sintenis (٣) أن يكون المتعاقد قد دل على قصده سواء صراحة أو ضمنا . أما سيفرت Seuffert (٤) فيتطلب أن يقع التحول طبقا لإرادة المتعاقد الإحتمالية ويستلزم Unger (٥) أن تكون إرادة الطرفين قد اتجهت احتمالا إلى التصرف الآخر(٦) .

وقد كان من شأن تطلب هذا العنصر أن يعوق ذلك تطور نظام التحول ، لأن المتعاقد لا يدخل فى حسابه عند إنشاء التصرف إمكان عدم الصحة ، وبذلك لا يمكن أن تكون له إرادة قد اتجهت احتياطيا إلى تصرف آخر . فكل هذه الأحوال تخرج عن نطاق التحول . وعلى أى حال فإن هذا الشرط قد أضعف بإقامة قرينة لصالح أو ضد هذه الإرادة .

فيضع Unger (٧) فى عقود المداينات Schuldverträge قرينة ضد وجود نية التحول ، بينما يفترض Thöl (٨) على عكس ذلك وجود هذه الإرادة إلى أن

---

(١) Weisengrün ص ١ و ١٨ .

(٢) وفى الحق بحيث يقوم الأمر على نية حقيقية يمكن التعرف عليها حتى ولو بدا أنها نية احتمالية تتضح من مضمون التصرف وغرضه ... الخ . ويمكن على وجه التأكيد التعرف عليها وقارن Fischer ص ٤١ و Küntzel ص ١٣ و Weil ص ١٩ .

(٣) ج ١ ص ٢١٨ .

(٤) ج ١ ص ١١٥ .

(٥) القانون الخاص النمسوى Öster. Pr. R. ج ٢ ص ١٥٧ الأوراق لحاملها Inhaberpapiere ص ٩٠ .

(٦) كذلك Wächter ج ١ بند ٨٤ ص ٤٢٧ .

(٧) الأوراق لحاملها Inhaberpapiere ج ١ بند ٨٤ ص ٤٢٧ .

(٨) ج ٢ بند ٢٦ ص ١٢٤ .

يقوم دليل عكسى . وعلى عكس Thöl ورأيه محل نقد كثير (مثلا من Holzschuher) يتمسك Römer باستلزام إرادة تحول معلنة حتى ولو كانت عامة (طالما أن ذلك ممكن على وجه ما) أو ضمنية[١] . ونقطة البدء عنده فى ذلك أن إعلان الإرادة يتطلب كى يكون صحيحا الإعلان كعنصر خارجى واتجاه الإرادة إلى الغرض القانونى كعنصر داخلى (باطنى) . وهذا التوافق (بين هذين الركنين) متوافر فى التصرف المقصود والباطل لعيب ما . أما فيما يتعلق بالتصرف الثانى فيوجد الإعلان فقط ، ولهذا يجب بصفة خاصة التحقق من وجود اتجاه الإرادة ولو احتمالا على الأقل إلى إبرام التصرف الثانى ؛ لأن الإعلان قد صدر أولا دون شك بقصد تحقيق أثر قانونى آخر . وليس ثمة ما يبرر أن ينسب للمعلن أثر مخالف تماما للأثر المقصود باعتباره قد أريد إذا كان لم يعلن هذه الإرادة بطريقة ما . ومع ذلك فإن هذا المبدأ الأساسى يقيده استثناء مقتضاه أنه لما كان شكل التصرف ليس غرضا فى ذاته وإنما مجرد وسيلة إلى الغرض، ولما كانت التصرفات القانونية تعقد لمجرد تحقيق تغيير قانونى معين والوصول إلى غرض قانونى محدد ، فينتج عن ذلك مبدأ جوهرى فى الفقه القائم (فقه الشريعة العامة) ، هو أنه : إذا لم يصح التصرف القانونى ، ولكن توافرت فى إعلان الإرادة المذكور (الصادر بصدد هذا التصرف) العناصر الموضوعية لتصرف آخر ، فإنه (التصرف الأول) سوف يستبقى باعتباره ذلك دون حاجة إلى إرادة الطرفين المتجهة بوجه خاص إلى ذلك ، طالما أن نفس التغيير القانونى ، نفس الأثر القانونى سوف يتحقق بهذا التصرف الثانى . وصحة هذا المبدأ لا يمكن أن يجعلها أحد محل نزاع ، الذى لا يجرؤ أن يزعم أن شكل التصرف غرض فى ذاته وليس مجرد وسيلة إلى الغرض ، وأن الروح تقوم إطلاقا فى خدمة الشكل[٢] .

ويريد Weisengrün أن يعتبر التصرف الجديد قد أريد حتى دون حاجة إلى إرادة الطرفين المتجهة خاصة إلى ذلك ، وينظر إليه باعتبار أنه أبرم من أول الأمر ، طالما أنه يستهدف نفس الغرض القانونى ويحقق من حيث الأساس آثارا

(٢) Fischer ص ٤٢ و Weil ص ١٩ و Küntzel ص ١٤ .
(١) Römer ص ٧٩ .

مشابهة . وهنا يتضح بجلاء أن الأمر يدور حول إرادة تصورية fingierten أو مفترضة Konstruierten[1] .

وحين يؤكد إنكزيروس[2] Enneccerus أن الأمر لا يدور حول أثر تشريعي وإنما حول أثر إرادة لا يحققه القانون كاملا فلا يريد بذلك أن يضع التصور أو الافتراض فى هذه الإرادة محل نزاع[3] .

أما هولدر Hölder فيقيم الأمر مباشرة على إرادة تصورية وافتراضية[4] حين يقول « أن التحول يكون بأن يقام بدلا من المضمون المقرر والعاجز عن اكتساب الصحة القانونية ، مضمون آخر قادر على اكتسابها ، إذا أمكن اعتبار هذا المضمون الذى لم يكن فى بادىء الأمر قد أريد ، كما لو كان قد أريد فى حالة ما إذا كان المضمون المراد فى بادىء الأمر لم يستطع اكتساب الصحة القانونية » . وتقترب هذه الصيغة إلى حد كبير من تلك التى تتضمنها الآن المادة ١٤٠ من مجموعة القانون المدنى الألمانى[5] .

ولكن هل كانت قاعدة التحول هذه كما قامت فى فقه الشريعة العامة قاعدة تشريعية أم قاعدة عرف ؟ . يزعم Voss أنها لم تكن قاعدة تشريعية لأن القاعدة القانونية الخاصة بالتحول لا تقوم على نص فى الجامع القانونى corpus iuris ولا على نص تشريعى آخر ؛ رغم أن فقهاء الشريعة العامة وخاصة Windscheid بالذات يستندون فى تأسيسها إلى المصادر الرومانية . فهو يرى أنها كانت فى فقه الشريعة العامة مجرد قاعدة عرف قامت على أساس قواعد التفسير[6] .

وفى نهاية سياق تطور الشريعة العـــامة ننتهى إلى تعريف Römer

---

(١) Weisengrün ص ٣٥ . قارن فى ذلك Fischer ص ٤٢ و Weil ص ٢٠.

(٢) التصرفات القانونية Rechtsgeschöfte ص ١٥٢ .

(٣) Fischer ص ٤٣ .

(٤) باندكت . بند ٥٨ ص ٣٠٤ .

(٥) Fischer ص ٤٣ و Weil ص ١٦ و Küntzel ص ١٥ . وكذلك Keller (باندكت جـ ١ ص ١٤٥) يستبقى التصرف الثانى « إذا لم تعترض الإرادة ذلك » .

(٦) Voss ص ٦٢.

و Weisengrün . فيعرفه Römer [1] بقوله « إذا كان التصرف الذى كان إنشاؤه مقصودا من الطرفين باطلا بسبب عيب ما ، فيمكن أن يكون الأمر هو أن يحمل نفس التصرف فى ذاته ، فى الصورة التى خرج بها إلى الوجود (من حيث المظهر) جميع عناصر تصرف آخر غير التصرف المقصود ، ويمكن أن يظل قائما باعتباره هذا التصرف الآخر » . أما تعريف Weisengrün [2] فأكثر وضوحا ودقة فيقول « إذا كان التصرف المقصود بادىء الأمر والذى عقد — ورغم ذلك كان باطلا — مستوفيا فى نفس الوقت العناصر الموضوعية لتصرف آخر ، فيكون هذا الأخير - طالما أنه يستهدف نفس الغرض القانونى ويحقق من حيث الأساس آثار مشابهة - يمكن اعتباره قد أريد ، دون إرادة الطرفين التى تتجه خاصة إلى ذلك ؛ والنظر إليه باعتبار أنه هو الذى أبرم من بادىء الأمر » .

ويسترعى اهتمامنا كذلك حكمان المحكمة العليا للدولة .RG تحت سلطان الشريعة العامة . ففى القضية الأولى (RG.Z. 54/148) التزم المشترون فى عقود شراء أموال أن يتحملوا كل بحسب نصيبه ما يثقل المال من عبء ، فأقرت المحكمة للبائع - بدلا من التكليف العينى غير الصحيح — معادلا آخرا فى صورة ريع مالى ثابت أو فى رفع ثمن الشراء (بمراعاة المادة ٩١ من قانون التطهير البروسى الصادر فى ٢ مايو سنة ١٨٥٠) . فالأمر يدور حول تحول إلى مضمون آخر تنطبق عليه جميع القواعد العامة للتحول . أما فى الحكم الآخر (RG. 16/169) فقد استبقت المحكمة رهنا (حيازيا) باطلا واردا على حق رهن غير حيازى Hypothek (طبقا للقانون البروسى) إلى حق حبس [3] .

---

(١) ص ٦٦ .

(٢) ص ٥ .

(٣) وهناك حالة جديدة للتحول فى الشريعة العامة هى تحول الكمبيالة الباطلة . انظر فيما يتعلق بذلك فيما بعد .

الفصل السادس

رابعا : تقنين التحول

لقد وجد التحول تنظيما تشريعيا لأول مرة فى المادة ١٤٠ من مجموعة القانون المدنى الألمانى. ولكن يتعين علينا أن نبدأ بعرض تطور هذا المبدأ فى المجموعات التشريعية السابقة على مجموعة القانون المدنى الألمانى ، ثم نبين تاريخ المادة ١٤٠ من مجموعة القانون المدنى الألمانى ثم نتتبع ذلك التنظيم التشريعى فى المجموعات القانونية الأخرى اللاحقة على مجموعة القانون المدنى الألمانى .

اولا : قبل مجموعة القانون المدنى الألمانى

إن تقنينات الدولة الألمانية السابقة على مجموعة القانون المدنى لم تمنح التحول عناية خاصة أو هى فى الواقع لم تلتفت إليه إطلاقا .

١ — فقانون دولة فرتمبرج (das württ. Landrecht (Württemberg يتضمن نصوصا عن شرط الإلحاق، وهى تطابق القانون الرومانى وتضع فى حقيقتها القاعدة التالية : ومؤداها أنه يجب اعتبار الشرط مدرجا ضمنا tacite فى الوصية إذا كان الأبوان لم يوصيا فيها لأحد من أبنائهم أو حرموهم من الإرث[1]. ويردد Wächter[2] فى كتابه عن القانون الخاص لفرتمبرج نفس الآراء التى قررها فى كتابه الخاص بالباندكت .

٢ — أما القـــانون العمومى[3] لدولة بروسيا Pr. all. Landrecht

---

(١) المواد III. 5 § 12 ; 0 § 13, 26 § 5 .

(٢) جـ ٢ ص ٦٧١ .

(٣—ترجمة) ترجمناه عمومى وهى تقابل كلمة général : تفاديا للخلط بينه وبين القانون العام public .

فيتضمن نصوصا فردية فقط تقضى بأن تعتبر الالتزامات عند العلم باستحالة الالتزام المقابل ، وخاصة عند العلم بهلاك الشىء المبيع ، كهبات ؛ وكذلك المخالصات عند عدم الوفاء اللاحق كتنازل عن المطالبة(١) . فهنا يتخذ تصرف بعوض صورة تصرف بغير عوض . وكذلك فإن إعطاء اعتراف بوفاء دين أو استلامه سوف يعتبر انقضاء للدين . ولا يدور الأمر فى حقيقته حول تحول ، إذ أن المعلن كان على علم تام بأن التصرف فى الصورة التى خرج بها إلى الوجود لا يطابق الواقع ، وأنه عند تخلف الالتزام المقابل لا يكون مرتبطا بالتزامه ، وأن الإقرار بالوفاء إذا لم يلحقه الوفاء لا يكون له أى أثر قانونى .

٣ — كذلك لم تقنن مجموعة القانون المدنى العام النمسوى التحول فى قاعدة عامة، فقد قررت فى المادة ٩٥٦ متى تعتبر الهبة المضافة إلى الموت وصية ومتى تعتبر عقدا ، ولكن لا علاقة لهذا بالتحول . ورغم هذا فإن المبدأ فى ذاته أجازه فى القانون النمسوى كرينز Krainz و Unger وهازنرل Hasenöhrl(٢) .

٤ — وحتى مجموعة القانون المدنى لمملكة سكسونيا الصادرة فى ٢ يناير سنة ١٨٦٣ فلم تعالج التحول بصفة خاصة ؛ وإنما اقتصرت على إيراد مبدأ عام فى المادة ١٠٣ : « تعتبر التصرفات الباطلة فى نصوصها الأساسية والفرعية كأنها لم تنشأ . وما يمكن من مضمون التصرف الباطل ، أن يظل قائما باعتباره تصرفا خاصا فإنه يظل صحيحا ، وخاصة إذا كان مرد البطلان أن محل التصرف تجاوز قدرا محددا ، فيظل التصرف فى حدود القدر الجائز قائما » . وكتطبيق لهذا المبدأ نصت المادة ١٠٥٨ « الهبات التى لم يراع فيها الشكل المرسوم تصح فى حدود مبلغ ألف تالير أو ٥٠ تالير سنويا » .

ويعتبر سيبنهار Siebenhaar (٣) أن الفقرة الثانية من المادة ١٠٣ تعالج البطلان الجزئى كما تعالج التحول . ويقرر ذلك فى قوله « إذا كان التصرف على الوجه الذى عقد به باطلا ، فيجب الابقاء عليه باعتباره على الأقل ماهو ، طالما

---

(١) المواد §§55, 15 41, 1, 11; 113. 114. 166. 1. ALR.

(٢) قارن Fischer ص ٤٨ و Weil ص ٤٠ .

(٣) فى كتابه Kommentar ج ١ ص ١٢١ .

كان ذلك يوافق القصد الظنى للمتعاقدين » ، ويعقب على ذلك «وكل شيء يتوقف هنا على سلامة التقدير فى الحالة الواقعية ، وعلى وجه التحديد على الأحكام الفردية الصحيحة المتضمنة فى التصرف الباطل فى مجموعه وعلى الكشف عن القصد الظنى للمتعاقدين . ولا يمكن بطبيعة الحال وضع قواعد خاصة فى هذا الشأن». ثم يسوق فى هذا الصدد مثل استبقاء عقد بيع باطل تضمن اتفاقا على الانتفاع بالعقار بعوض إلى نهاية مدة انتقال محددة باعتبـــاره عقد مزارعة . وعلى عكس ذلك يذهب إلى أن الكمبيالة لا يمكن اطلاقا أن تستبقى باعتبارها وعدا بدين (طبقا للقانون المدنى) وإنما باعتبارها وعدا بدين ناشئ عن مقتضى الكمبيالة . وفضلا عن ذلك فقد رفضت مجموعة القانون المدنى السكسونى صراحة فى المادة ٢٥٤٧ استبقاء عقد توريث باطل باعتباره وصية .

٥ — وقد نص مشروع مجموعة القانون المدنى لمملكة باڤاريا Bayern فى المادة ٨٢ (من الجزء الأول) « إذا تضمن التصرف الذى قصده الطرفان أصلا ولكن كان باعتباره هذا باطلا جميع عناصر تصرف آخر فإنه يستبقى باعتباره هذا الأخير إذا كان هذا مطابقا للإرادة المتعاقدين . (تحول) » .

وتلاحظ المذكرة الإيضاحية على ذلك ، أنه هنا بعكس البطلان الجزئى فإن التصرف الباطل لن يستبقى لا فى كله ولا فى بعضه .

٦ — وينص مشروع درسدن لقانون الالتزامات للدولة الألمانية فى المادة ١٦٢ « إذا وافق عقد قصده الطرفان وكان باعتباره كذلك باطلا عناصر عقد آخر فإنه يستبقى باعتباره هذا الأخير إذا اتضح من الظروف أن قصد مبرمى العقد اتجه إلى هذا احتياطا Vorsorglich » .

وقد عدلت هذه الصياغة بعض الشيء فى الجلسة الثانية والثلاثين بتاريخ ١٨٦٣/٤/٢٠[1] فى المادة ١٤٥ : « إذا تضمن عقد باطل جميع عناصر عقد آخر غير الذى قصده المتعاقدان فإن هذا نفسه يستبقى ، طالما يمكن أن يقوم مستقلا بذاته ، إذا اتضح من الظروف أن هذا يوافق قصد المتعاقدين » .

ثم تجرى الصيغة النهائية على الوجه التالى : « إذا كان عقد كما قصده المتعاقدان

(١) بروتوكول ج ١ ص ٣٩٠ .

أولا باطلا ولكنه تضمن جميع عناصر عقد آخر فإنه نفسه يستبقى طالما كان يمكن باعتباره كذلك أن يقوم مستقلا بذاته إذا . . . . الخ(١) » .

والتعديل الأساسى هو تبديل خاتمة هذه المادة من « أن قصد مبرمى العقد اتجه إلى هذا احتياطا » إلى « أن هذا يوافق قصد المتعاقدين » . وقد ذكرت اللجنة عند ذلك أن الصياغة الأولى قد تؤدى إلى تطلب استلزام شرط استبقاء صريح قياسا على شرط الإلحاق ، وفى الحقيقة يؤدى تعبير « احتياطا Vorsorglich » معنى كلمة « احتمالا eventuell » . وتنطبق المادة كذلك إذا تبين من الظروف أن الاستبقاء لا يقع خارج نطاق إرادة الطرفين ، وللتعبير عن هذا صراحة اختيرت الصيغة المعدلة . ثم لاحظت اللجنة على ذلك (ص ٣٨٥) أن تعبير تحول Konversion غير موفق مثل تعبير « تغير Umwandlung » إذ لا يدور الأمر حول تغيير التصرف ، وإنما حول استبقاء ما فيه من عناصر صحيحة .

ثانيا : مجموعة القانون المدنى الألمانى :

اختار المحرر للتحول فى مشروع الجزء العام من مجموعة القانون المدنى الألمانى الصيغة التالية : « إذا تضمن التصرف المقصود أصلا من المتعاقدين ولكن كان باعتباره كذلك باطلا جميع عناصر تصرف آخر ، فإنه يستبقى باعتباره هذا الأخير إذا كان هذا مطابقا لإرادة المتعاقدين . » أما تعليقات المحرر على ذلك فتصدر دون شك عن وجهة نظر Windscheid من أن التصرف يستبقى باعتباره ما هو وأن المتعاقدين وضعا تحت نظرهما عند إبرام التصرف قاعدة قانونية معينة ، لا يمكن أن يظل التصرف طبقا لها قائما . ويضيف إلى ذلك أن طبيعة التصرف لا تستخلص من تسميته (وصفه) وإنما من الأثر القانونى الموضوعى Materiell المقصود وأن قصد المتعاقد حتى وإن كان قد وضع تحت نظره قاعدة قانونية معينة فإنه ينصرف بصفة مطلقة إلى إنتاج هذه الآثار . أما الصعوبة فتقوم فى أنه عند الصدور عن قواعد قانونية أخرى تصبح الآثار أخرى كذلك ، وحينئذ يصبح من المشكوك فيه ما إذا كانت هذه الآثار الأخرى

---

(١) مادة ١٣٤ وأخيرا ١٤٢ فى الجلسة الثالثة والأربعين فى ١٨٦٣/٥/٣١ جـ ١ ص ٥٧١ .

لا تزال واقعة فى نطاق التصرف المراد حقيقة والمعلن باعتباره مرادا ولا تتضمن إضافات ترهق إرادة المتعاقدين[1] . ويتساءل عادة عما إذا كان التصرف الأخير قد أريد ، ولكن يفهم تحت ذلك الآثار القانونية المرتبطة بالتصرف الآخر ، ويتوقف الأمر فى ذلك على فحص الحالة الواقعية . ويجب على الأقل أن تكون آثار التصرف الجديد أقل من نفس النوع متضمنة فى الأكثر الذى لم يخرج إلى الوجود . وإقامة قرينة على النية الموجهة إلى التصرف الآخر لا يمكن أن تجد ما يبررها ، كما لا يوجد سبب كاف يبرر الأخذ بالتصرف الصحيح بدلا من التصرف الذى أريد حتى يقوم الدليل العكسى، وكذلك فإن القرينة على عدم الأخذ بذلك لا يمكن أن تجد ما يبررها . وفى الخاتمة ذكر المحرر كذلك ، أنه لا يوجد تحول بصدد التسمية غير الصحيحة ، والصحة الجزئية وخاصة إذا كان التصرف لا يمكن استبقاؤه فى جزئه لأن المتصرف Veräusserer[2] كان يملك جزءا فقط من الحقوق المراد نقلها ، فى هذه الحالة الأخيرة يكون من الواضح أنه ليس ثمة حاجة إلى التحول ، وإنما يصح التصرف القانونى Rechtsgeschäft بلا تردد فى هذا الجزء فقط من التصرف Veräusserung الذى وقع على ما يملكه المتصرف من حقوق[3] .

وقد أخذ المشروع الأول فى قراءته الأولى بالنص فى هذه الصيغة التى وضعها المحرر مع تغيير غير ذى أهمية موضوعية فى المادة ١١١ : إذا وافق entspricht التصرف المقصود ولكن الذى كان باعتباره هذا باطلا جميع عناصر تصرف آخر فإنه يستبقى باعتباره هذا الأخير إذا كان هذا مطابقا للإرادة المستخلصة من إبرام التصرف الباطل » .

وتقرر المذكرة الإيضاحية die Motiven (ص٢١٨) فى هذا الصدد: أن ربما إذا كان المتعاقد أو المتعاقدان قد أرادا التصرف الآخر ـــ الواقع فى التصرف

---

(١) المشروع جـ ١ الباب الثانى الفصل الثانى بند ٤٩ ص ٢٠٣ .

(٢ـ ترجمة) المقصود بالتصرف هنا هو سلطة التصرف باعتبارها مضمون الحق العينى فى مقابل الاستغلال والاستعمال . وهى تقابل بالفرنسية aliénation وننبه إلى مراعاة ذلك فيما سيأتى بعد .

(٣) قارن Satta ص ٦٩ و Fischer ص ٥٥ و Küntzel ص ١٥ .

المقصود ولكن الذى كان باطلا — فى آثاره يجب أن يستخلص من فحص الواقعة، وأن إقامة قرينة على إرادة أو عدم إرادة ذلك محل نظر . وينطبق النص فى رأينا فى حالة عقد إنشاء حق انتفاع وارد على نصيب شريك فى شركة فمثل هذا العقد باطل طبقا للمادة ١٠٢ فقرة ٢ مرتبطة بالمادة ٦٤٤ فقرة ١ . فإذا كان قصد المتعاقدين من ذلك اتجه احتمالا إلى أن منشىء الحق يريد ويجب أن يترك للطرف الآخر الحقوق المقررة له على ما يؤول إليه من نصيب فى الربح وعلى ماله عند التصفية من زائد عن رأس المال المستثمر ، فليس — فى هذه الحدود — ثمة ما يعترض استبقاء العقد . ويثور التساؤل أيضا عما إذا كان عقد التوريث الصادر من جانب واحد يمكن استبقاؤه عن طريق التحول باعتباره تصرف Verfügung إرادة أخيرة » .

ويلاحظ Fischer[1] على ذلك أنه يؤكد هنا ، أن الإرادة ، وإن كان لا يلزم أن تستخرج من مضمون التصرف الباطل ، إلا أنها يجب أن تستخلص من عملية إبرامه . فيتطلب هنا إذن — على الأقل طبقا لصريح لفظ النص — إرادة تتجه إلى التصرف الآخر تستكشف عن طريق التفسير . هذه الصيغة الصادرة عن لجنة التحرير التى تركت لها اللجنة الرئيسية مهمة فحص بعض اقتراحات التعديل ولكن بتوجيه مقتضاه أن عبارة مقصود « beabsichtigte » لا يجوز أن تستبدل بها العبارات أصلا ursprunglich أو أولا zunächst(٢) .

ويلاحظ Küntzel(٣) فى ذلك أن هذه الصيغة تردد أن الأمر يدور فى هذا النص حول قاعدة تفسير إرادة قائمة حقيقية لا حول نص منشىء dispositiv .

وقد وجه ليوجولدشمت Leo goldschmidt(٤) نقدا شديدا موفقا

---

(١) Fischer ص ٥٦ .

(٢) عند النظر فى وضع نص خاص عن استبقاء عقد التوريث باعتباره وصية (البروتوكول ص ٥/٩٩٨٦) تقرر صرف النظر عن ذلك . وكذلك أيضاً رفض الموافقة (ص ٥٠٠٥ ١) على وضع نص خاص باستبقاء وعد هبة منفرد مضاف إلى الموت باعتباره عمل تصرف إرادة أخيرة .

(٣) Küntzel ص ١٦ .

(٤) أبحاث نقدية Kritische Erörrerungen ص ٦٥ .

إلى صياغة المشروع هذه . فهو يقول أن النص لا يمكن أن ينشىء ما هو مفهوم من تلقاء نفسه . أما أنه إذا وجد تصرف ثان اتجه إليه المتعاقدان احتمالا فى حالة بطلان التصرف المقصود أصلا فيصح هذا الآخر ، فإن هذا مفهوم من تلقاء نفسه ، فضلا عن أنه غير عملى إطلاقا ولا يصادف جوهر التحول الذى كان يجب أن ينظمه النص . فالتحول هو استبقاء تصرف غير صحيح باعتباره ذلك التصرف (الجديد) الذى ينتج آثارا من نفس النوع والذى تتوافر شروط صحته فيه (الباطل) سواء أراد الطرفان هذا أم لا ، ولكن طالما لم تتضح أى إرادة عكسية للطرفين فقط . فلا تتطلب أى إرادة « velle » وإنما يكفى انعدام عدم الإرادة « non nolle » فالإحالة على إرادة الطرفين تنتهى فى معظم الأحوال بدون شك إلى تعطيل التحول . ولكن التعليق على الإرادة المفترضة بقرينة präsumptiven Willen فلا يكاد كذلك يصلح الأمر ، إذ أن قاعدة التفسير المكتسبة بذلك سوف تنهار حالما يتضح للقاضى أن الطرفين لم يفكرا إطلاقا فى الصورة الاحتمالية eventuelle gestaltung ، وهو ما يقع دون تردد فى معظم الأحوال ، إذ بذلك تنتقض القرينة القانونية . والواقع أن القواعد الخاصة بالتحول تظهر فى المصادر (الرومانية) لا فى صيغة قواعد مفسرة بل فى صيغة قواعد منشئة dispositiv أى أن تطبيقها لا ينغلق بإثبات عدم وجود إرادة فى الواقعة محل البحث ، وإنما بإثبات أنهما فى الواقع أرادا إيجابيا positiv شيئا آخر ، أى بأنهما أرادا استبعاد التحول لا بأنهما لم تكن لهما إرادة ما متعلقة بذلك[1] .

وقد قام أمام لجنة القراءة الثانية اقتراحان للفصل فيهما : الأول صياغة المادة ١١١ على الوجه الآتى : « إذا وافق تصرف باطل عناصر تصرف آخر يصح الأخير إذا تبين أن هذا كان قد يراد عند العلم بالبطلان » . والثانى حذف المادة ١١١[2] . وقد وافقت اللجنة على الاقتراح الأول الذى لا يختلف موضوعيا عن المشروع ، ولكنه حاول أن يوضح أنه لا حاجة لأن تتجه إرادة الطرفين عند

---

(١) Fischer ص ٦٥ وKüntzel ص ١٦ و Satta ص ٦٨ و Mosco ص ١١١ .

(٢) اقتراح يوست Johst .

إبرام التصرف الباطل إلى التصرف الآخر المتضمن فيه . حتى ولا احتمالا ؛ بل أكثر من ذلك فإن الفيصل فى استبقاء التصرف المعيب هو إرادة الطرفين الموجهة إلى الغرض الاقتصادي . وأن الاخذ بالنص واجب إذ أن اختلاف الآراء حول إجازة التحول لا يمتنع بدونه(١) .

وقد عدلت اللجنة فيما بعد عبارة « هذا dies » إلى عبارة « صحته dessen geltung » وبذلك تقررت الصيغة التى أصبحت فى النهاية تشريعا . وبهذا التعديل الأخير أصبح من الأكثر وضوحا أن عبارة « كان قد يراد gewollt sein würde لا تنسحب على مضمون التصرف الجديد فى ذاته ولكن على صحته ، وهو ما كان يمكن أن يكون محل شك عند استعمال تعبير « هذا dies » .

ولم يأت جديد فى المراحل التالية لنشوء النص متعلقا بإيضاحه . (٢) وهكذا أصبحت صياغة النص فى الصورة التى عرضت على مجلس نواب الدولة Reichstag (برلين سنة ١٨٩٦) فى المادة ١٣٦ على الوجه الآتى : « إذا وافق تصرف باطل عناصر تصرف آخر ، يصح هذا الأخير ، إذا تبين أن صحته ، عند العلم بالبطلان ، كانت قد تراد » . وهذه هى بالضبط الصيغة التى لقيها التحول نهائيا فى المادة ١٤٠ من مجموعة القانون المدنى .

وتقول تعليقات وزارة العدل للدولة على المادة ١١١ فقرة ٢ (ص ١٣٣) أن النص يقرر تبعا لجولدشمت goldschmidt ص ٦٥ لا ما يجب أن يقرره ، بينما هذا الذى يقرره مفهوم من تلقاء نفسه دون أن يصادف جوهر التحول . إذ فى التحول لا يدور الأمر حول تصرفين مرادين أحدهما أصلى هو الباطل والآخر احتمالى هو ما كان فى الحساب لحالة البطلان(٣) .

وإن رأى اللجنة الثانية التى أعطت النص صيغته النهائية لذو أهمية كبرى ، إذ هو يؤكد وجهة النظر من أنه « لا يتطلب إرادة لطرف التصرف - حتى ولا احتمالية - موجهة إلى التصرف الثانى . فالمقصود بما « كان قد يراد

---

(١) بروتوكول لجنة القراءة الثانية ص ٢/٢٦٣ .

(٢) Fischer ص ٥٧ .

(٣) تسوق التعليقات بعد ذلك نقد جولد شمت السابق إيراده .

gewollt sein würde » إرادة منشأة تصورية . ثم إن هذا التصور يقوم على الغرض العملى الذى استهدفه طرفا التصرف . ويلاحظ Fischer على ذلك (ص٥٨) أن تغيير اقتصادى ضيق جدا ولا فائدة منه بالنسبة للتصرفات التى لا ترد على معاملات مالية .

ثالثا . بعد مجموعة القانون الألمانى :

١ — بالرغم من أن المجموعات المدنية السويسرية والهولندية والبرازيلية وضعت بعد قيام مجموعة القانون المدنى الألمانى ، إلا أن أيا منها لم يأخذ بالتحول . ولكن مجموعة القانون المدنى المجرى فقط قننت التحول فى المادة ١٤٠١ « العقد الباطل الذى يوافق شروط صحة أى تصرف آخر يظل باعتباره هذا صحيحا إذا وافق هذا قصد المتعاقدين » (١) ، ونلاحظ من الآن أن عبارة هذا النص صريحة فى أن الإرادة التى يقوم عليها التحول هى إرادة افتراضية لا حقيقية ولا احتمالية .

٢ — كما صاغت مجموعة القانون المدنى الإيطالى الجديد الصادر سنة ١٩٤٢ التحول فى المادة ١٤٢٤ :

Il contratto nullo puo produrre gli effeti di un contratto diverso, del quale contenga i reqisiti di sostanza e di torma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero consciuto la nullità".

« العقد الباطل يمكن أن ينتج آثار عقد آخر يتضمن أركانه من حيث المضمون والشكل ، إذا كان — مع مراعاة الغرض الذى قصده المتعاقدان — يتعين افتراض أنهما كانا يريدانه ، لو كانا قد علما بالبطلان » .

ويقول موسكو Mosco (ص ١١٣) فى ذلك ، أن قصد المشرع فى هذه المادة هو أن يبين أن التحول يقوم على عناصر موضوعية فقط وأن قصد المتعاقدين

---

(١) Satta ص ٧٠ .

غير مستلزم ، وعلى أنه يلزم على أى حال مراعاة مدى قصد المتعاقدين (١) .

٣ — مجموعة القانون المدنى المصرى الصادر فى ١٦ يولية سنة ١٩٤٨ :

قننت هذه المجموعة التحول فى المادة ١٤٤ منها ونصها « إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذى توافرت أركانه ، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد » .

هذا وقد كان المشروع التمهيدى ينص فى المادة ٢٠٣ منه على التحول بالصورة التالية : « إذا كان العقد باطلا أو قابلا للبطلان وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذى توافرت أركانه ، إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى إبرام هذا العقد لو أنهما كانا يعلمان ببطلان العقد الأول » . وقد جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى فى شأن هذه المادة ما يلى : « استقيت أحكام المادة ٢٠٣ من التقنين الألمانى أيضا . بيد أن فكرة تحويل العقد أو انقلابه أدق من فكرة الانتقاص (التى تقدمت الإشارة إليها) فليس يرد أمر التحويل إلى مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين . بل الواقع أن القاضى يحل نفسه محلهما ويبدل لهما من عقدهما القديم عقدا جديدا يقيمه لهما . ويشترط لإعمال أحكام التحويل أن يكون العقد الأصيل باطلا أو قابلا للبطلان . فإذا كان صحيحا فلا يملك القاضى بوجه من الوجوه أن يحل محله عقداً آخر قد يؤثره المتعاقدان لو فصل لهما أمره . ويشترط كذلك أن تكون عناصر العقد الجديد الذى يقيمه القاضى قد توافرت جميعا فى العقد الأصيل الذى قام به سبب من أسباب البطلان ، فلا يملك القاضى على أى تقدير أن يلتمس عناصر إنشاء العقد الجديد خارج نطاق العقد الأصيل . ويشترط أخيرا أن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى الارتباط بالعقد الجديد لو أنهما تبينا ما بالعقد الأصيل من أسباب البطلان . ويستخلص مما تقدم أن سلطة القاضى فى نطاق التحويل ليست سلطة تحكمية ، فإذا كان يتولى عن العاقدين إعادة إنشاء التعاقد إلا أنه يسترشد فى ذلك بإرادتهما بالذات . وليست الشروط الثلاثة المتقدمة

(١) قارن كذلك Betti : النظرية العامة للتصرف القانونى ص ٥٠٦ وما بعدها .

سوى قيود قصد بها أن تحد من إطلاق تقدير القاضى على نحو يتيح تقريب الشقة ما أمكن بين نية المتعاقدين المفترضة ونيتهما الحقيقية ولعل اعتبار الكمبيالة التى لاتستوفى ما ينبغى لها من الشروط الشكلية سندا إذنيا أو مجرد تعاقد مدنى من أبرز التطبيقات العملية التى يمكن أن تساق فى صدد فكرة التحويل .

هذا ونلاحظ أن المذكرة الإيضاحية قد أدركت الفرق بين التحـــول والانتقاص من ناحية والفرق بين التحول والتفسير من ناحية أخرى ، إذ تقول صراحة أن التحول ليس مرده مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين . ثم تبين أن التحول يقوم على إرادة افتراضية للمتعاقدين . فالعقد المحول عقد جديد غير العقد القديم الباطل . ثم تبين أن التحول لا يرد على عقد صحيح . ولكن يلاحظ أنه يفهم من قول المذكرة أن القاضى يحل نفسه محل المتعاقدين ويبدلهما من عقدهما القديم عقدا جديداً ، أن التحول يقوم به القاضى وأن مدار الأمر هو تحول قضائى وهذا غير صحيح كما سنرى ، لأن التحول إنما يحدثه القانون ويقتصر دور القاضى على مجرد الكشف عنه وتقرير وجوده . فدور القاضى فى شأنه ليس دوراً إنشائيا وإنما هو دور تقريرى . وقد يساعد على ذلك الفهم الخاطىء قول المذكرة نفسها بعد ذلك ، من أن المقصود بشروط التحول وضع قيود على سلطة القاضى بحيث لا تكون سلطة تحكمية . والواقع أن هذا القول يصدر عما قاله سالى Saleilles من أن التحول يقوم على أساس سلطة القاضى فى التكميل ، وهذا غير صحيح . ويبدو أن واضع المشروع إنما أراد بذلك أن يقول فقط أن الإرادة الفرضية يجب ألا تعارض إرادة حقيقية للطرفين قامت وقت إبرام العقد ، لأن القول بغير ذلك يؤدى إلى هدم نظام التحول . وقد عادت المذكرة وقررت صراحة وبحق أن الإرادة فى التحول هى إرادة مفترضة وليست إرادة حقيقية . كما أن المشروع ذكر أن التحول يقع « لو كان الطرفان هنا قد علما بالبطلان » ، وهذا إقرار عن أخذ المشرع بالإرادة الفرضية . ثم نلاحظ كذلك أن عبارة اشتراط توافر جميع عناصر العقد الجديد فى العقد الباطل هو توسع فى مدلول لفظ التوافر إلى أن يصل إلى درجة التضمن والاحتواء وهذه هى وجهة نظر Saleilles كما سنرى وهى غير صحيحة . فالمطلوب هو مجرد توافق وليس احتواء . والتعبير الفرنسى répondre à أصرح فى ذلك وهو أصدق فى الكشف عن نية المشرع ، إذ أن الجزء الخاص بالإلتزامات ومذكرته الإيضاحيه وضعا أصلا باللغة الفرنسية .

أما فى لجنة المراجعة فقد استبدل بكلمة البطلان الإبطال وبعبارة « أن المتعاقدين كانت نيتهما » عبارة « أن نية المتعاقدين كانت » . وأخذت المادة شكلها تحت رقم ١٤٨ ، ووافق عليها مجلس النواب بهذه الصيغة .

أما مناقشات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ فتكشف إلى حد كيف أن هذا النظام لم يكن واضحا فى ذهن المتناقشين بالصورة التى كان واضحا فيها لدى واضع المشروع وتجلت فى النص والمذكرة الإيضاحيه . فاعتراض حلمى عيسى باشا بأن هذه المادة تشعر بأن للقاضى سلطة تحكمية فى إقرار العقد الأخير مع أن المقصود بها أن تحويل العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح متى توافرت أركانه يرجع إلى نية المتعاقدين ، هذا الاعتراض مبنى على سوء فهم واضح لنظام التحول ؛ إذ يصدر عن أن التحول إنما يرجع إلى نية المتعاقدين ، وواضح أنه يقصد بذلك نية حقيقية . وهذا ظاهر الخطأ كما سنبين ، لأن التحول لو قام على إرادة حقيقية لـكان مجرد تفسير ، ولأصبح وضع مثل هذا النص تزيدا وعبثا ولانهار نظام التحول من أساسه . أما إشارته إلى السلطة التحكمية فالقاضى ليس له أى سلطة تحكمية ، إنما هو يكشف عن مجرد توافر الشروط القانونية ويقرر وجودها . حقيقة أن عمل القاضى هنا يبدو اوسع نطاقا من دوره فى التفسير ، ولـكن الأمر لا يدور حول سلطة تحكمية وإنما حول التحقق من توافر الشروط القانونية فقط . فإذا لم تتوافر ، امتنع إمكان التحول إطلاقا ، حتى لو أراد القاضى أو الطرفان نفسهما ذلك . وقد ساعد على هذا الاعتراض ما سبق أن أشرنا إليه مما ورد فى المذكرة الإيضاحية واستشهد به المعترض من أنه « يشترط أن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى الارتباط بالعقد الجديد لو أنهما تبينا ما بالعقد الأصيل من أسباب البطلان . ويستخلص مما تقدم أن سلطة القاضى فى نطاق التحويل ليست سلطة تحكمية » ، وواضح أن الاعتراض إنما استند إلى مجرد ألفاظ المذكرة الإيضاحية فقط دون استيعاب مضمونها الفنى فى مجموعه . والواقع أن هذه العبارة فى حد ذاتها معيبة كما سبق القول ، لأنها تشعر أن تطلب إقامة الدليل على اتجاه النية إنما يحمل هذه النية احتياطية وليست افتراضية ؛ والنية الاحتياطية تردنا إلى مجال التفسير ولا تتقدم بنا خطوة واحدة إلى نطاق التحول . والأغرب من هذا أن ما اقترحه المعترض من علاج لما إعتقده عيبا فى النص وقصد به إزالة السلطة التحكمية للقاضى كان ينتهى إلى العكس تماما . فهو قد اقترح

حذف عبارة « إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت . . . . الخ » وذلك حتى لا يفهم من النص أن يكون للقاضي حق مطلق في إلزام المتعاقدين بعقد معين ، لأنه مقيد بالعقد الذي أمامه إلا إذا تبين أنه يكون عقدا آخر توافرت أركانه » . والواقع أنه لو اخذ بهذا الاقتراح لتحقق ما كان يخشاه المعترض تماما : إذ مقتضى هذا التعديل المقترح إقامة التحول على مذهب الإرادة الظاهرة ونبذ مذهب الإرادة الباطنة بصفه نهائية ، إذ كان التحول يقع متى توافرت أركان العقد الجديد في العقد الباطل بغض النظر عن الإرادة المفترضة إطلاقا ، بل حتى ولو عارضته الإرادة الحقيقية للطرفين وقت إبرام العقد . وهكذا كان ينقلب التحول إلى مجرد عملية موضوعية بحتة خالية من أي عنصر ذاتي ، وليس أخطر من ذلك على استقرار المراكز القانونية وطمأنينة المعاملات . وإذا كان هذا التعديل كان يؤدي إلى توسيع التحول على الوجه السابق ، فإنه كان يضيق نطاقه إلى حد كبير من جهة أخرى ، وذلك أنه بالأخذ بمذهب الإرادة الظاهرة التي سوف يعتمد عليها النص الجديد ، كان يؤدي إلى قصر التحول على الحالات التي يكشف فيها الإعلان الباطل نفسه عن توافر شروط التحول وكانت إمكانية التحول تضيق على هذا الوجه إلى أقصى حد . فضلا عن أن هذا التعديل كان مقتضاه أنه في الأحوال النادرة التي يستشف فيها القاضي من الإعلان الباطل نفسه توافر شروط التحول ، كان يطبقه ولو عارض ذلك نية المتعاقدين الحقيقية وقت إبرام العقد الباطل ، وليس أكثر من ذلك توسيع لسلطة القاضي التحكمية .

وقد أدرك ذلك رئيس اللجنة الأستاذ محمد محمد الوكيل حين تمسك بوجوب الإبقاء على العبارة المقترح حذفها لأنها عبارة جوهريه ، ولأنه « إذا تبين أن نية المتعاقدين لم تكن منصرفة إلى إبرام العقد الجديد فلا يكون مفهوما أن نعطى للقاضي الحق في الزامها بإبرام ذلك العقد ... » ولكنه تطلب أن « يتبين أنه من المفروض حتما أن نية المتعاقدين ... » ، والواقع أن إضافة تعبير « حتما » إنما هو تزيد لا محل له ، وذلك أن وجه حتم الافتراض لا يمكن إدراكه أو تكوينه أو إقامة الدليل عليه . وقد يمكن أن يكون المقصود من هذا التحتيم ما كشف عنه الأستاذ نفسه في أول كلامه من أن الإرادة الحقيقية الموجودة وقت إبرام العقد الباطل تؤدي إلى استبعاد التحول ، فيكون قد قصد بهذا الحتم ألا توجد إرادة

حقيقية وقت إبرام العقد الباطل تستبعد التحول ، وهذا مفهوم من طبيعة التحول ولا يحتاج إلى ذكر خاص . ولكن الأستاذ الوكيل اعترض على عبارة « لو أنهما كانا يعلمان ببطلان العقد الأول » باعتبارها تزيدا . والواقع أن هذه العبارة لا يمكن القول بأنها جوهرية بحيث لو تخلفت لانهار نظام التحول أو أسيء فهمه ، وذلك أنها تقرر شيئا مفهوما من طبيعة الأشياء ولا يحتاج إلى ذكر خاص في النص . ولكن لا يمكن القول كذلك بأنها تزيد لأن الإشارة إليها توضيح وإزالة للبس أو الغموض الذى قد يدخل على من لا يدرك مدلول النص . وسنرى أن حذف هذه العبارة لن يكون له أى مدلول خاص فى نطاق التحول ولا يمكن اتخاذه وسيلة للتعبير عن اتجاه خاص لدى اللجنة .

ومن الكلام الواضح فى مسألة النية ما ذكره الأستاذ محمد على علوية باشا من أن التحول يتم ولو لم تكن نية (المتعاقدين) منصرفة إلى إبرام العقد الجديد . فهذا صريح فى أن التحول إنما يقوم على إرادة افتراضية ويستبعد الإرادة الاحتياطية أو الاحتمالية . أما المثل الذى ضربه بشأن بيع الوفاء الذى يتحول إلى رهن حيازة ، فنرى عدم التعرض له الآن ، خاصة وقد نصت المادة ٤٦٥ من القانون المدنى على بطلان بيع الوفاء . أما اقتراحه بحذف الجزء الخاص بالنية وهو اقتراح حلمى عيسى باشا فقد سبق الرد عليه وتفنيده وإن كان يبين فى هذا الشأن أن النية هى نية افتراضية بحتة .

أما رد مندوب الحكومة الدكتور حسن بغدادى فقد أوضح أن المقصود بهذه المادة ، وضع معيار للقاضى لتحقيق العدالة ، فهو لا يلزم بالبحث عن نية المتعاقدين ولكنه مطالب باستخلاص ما كانت تنصرف إليه نية المتعاقدين عند إبرام العقد ، وهذا التكييف القانونى من القاضى يقع تحت رقابة محكمة النقض على أن يكون مفهوما أن القاضى يبحث فى النية التى كان مفروضا قيامها قبل النزاع : وهذا الكلام صريح فى أن وقت كشف الإرادة الفرضية هو وقت إبرام العقد الباطل ، وإن كان القول بأن المقصود هو النية التى « قامت قبل النزاع » تعبير غير دقيق وقد يؤدى إلى اللبس . أما وصفه عمل القاضى بأنه تكييف قانونى فهذا غير صحيح ، لأنه تكوين للعقد وليس إعادة تكييف وصف غير صحيح . أما أن المسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض فلا شك فى ذلك .

وقد عقب رئيس اللجنة بأن النص المقترح يجعل للقاضى سلطة تحكمية مع أن المفهوم أن أساس الاقتراح هو تفادى ذلك ، فبقاء الفقرة أو العبارة المراد حذفها فيه قيد للقاضى هو أنه لا يبرم العقد الجديد إلا إذا تبين له أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إليه . ولكن حلمى عيسى باشا رد بأن الاقتراح لا يخرج نية المتعاقدين من الحساب ، إذ أنه يفترض توافر جميع أركان العقد بما فيها نية الأخذ بالبقية الباقية الخالية من شوائب البطلان ، فالنية تدخل فى أركان العقد . وإزاء هذا التفسير الذى أجمعت عليه اللجنة ، وافقت على حذف عبارة « إذا تبين أن نية المتعاقدين ... الخ » . وقررت كذلك إدراج هذا التفسير فى تقريرها .

والواقع أن هذا الحذف كان يؤدى إلى كافة الأخطار التى سبق الإشارة إليها ، ولهذا تدخل واضع المشروع فى الجلسة ٤٥ وطلب إعادة بحث هذا القرار . فأخذت اللجنة برأيه فأعادت الجزء المحذوف مع قصر الحذف على عبارة « لو أنهما كانا يعلمان ببطلان العقد الأول » فقط . وقد بررت اللجنة هذا الحذف بقولها أن المسألة نيط أمرها بالنية ولا محل للتقيد بعد ذلك بالعلم أو بأى ظرف آخر مادام أن الأمر سيرجع فى النهاية إلى تقدير القاضى . وقد أصبح رقم المادة ١٤٤ وبهذه الكيفية خرجت فى صيغتها الأخيرة فى النص النهائى (١) .

والواقع أن هذا التعليل غير دقيق ، لأن التقييد بالعلم قائم دائما لأن الطرفين لو علما بالبطلان حقيقة لاستحال التحول كما سنبين فيما بعد ، فشرط عدم العلم هو شرط جوهرى من شروط التحول ينتج عن طبيعة الأشياء ولا يحتاج إلى نص ، وهذا هو الذى يبرر الحذف فى الواقع ، فهو شرط يفرض نفسه ولا يمكن الإستغناء عنه .

هذا ونلاحظ أنه جاء فى مقدمة باب البطلان من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى(٢) « على أن المذهب الجرمانى لم يعدم أثره فى هذه الناحية ، ومن ذلك أيضا نظرية تحويل العقود أو انقلابها وتطبق إذا توافرت للعقد الباطل أو القابل للبطلان ، شروط انعقاد عقد آخر (م ١٤٠ من التقنين الألمانى).

---

(١) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢٦٢ — ٢٦٧ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢٣٣ — ٢٣٤ .

٤ — مشروع مجموعة القانون المدنى الفرنسى الجديد .

تضمن المشروع التمهيدى عن البطلان والتصرفات القانونية الذى وضعه الأستاذ هوان Houin فى المادة ١٨ منه(١) أنه إذا وافق تصرف قانونى شروط تصرف قانونى آخر ، يصح هذا الأخير إذا أمكن اعتبار أن الطرفين ما كانا يعقدانه لو أنهما علما بالبطلان » .

ويقول تعليقا على النص « أن هذا النص موجود فى كثير من التقنينات (م ١٤٠ ألمانى ، ١٤٢٤ إيطالى ، والتقنين الصينى) ويبدو أنه ينطبق فى حالة بطلان السند لا التصرف نفسه . ومع ذلك فيمكن تصور أن تصرفا يبطل باعتباره بيعا لانعدام الثمن يمكن أن يصح كهبة إذا أمكن اعتبار هذا نية الطرفين (الهبات المستورة) .

ونلاحظ هنا أن وجه الخلط فى فهم التحول واضح ، لأن التحول إنما يقع فى حالة بطلان التصرف ذاته وليس فى حالة بطلان السند فقط كما يقول المعلق . فبطلان السند لا يمس التصرف الذى يظل قائما ومنتجا لآثاره باعتباره هذا دون حاجة إلى أى عون عن طريق التحول .

وقد عرض النص على اللجنة الفرعية(٢) بعد تغيير فقرته الأخيرة إلى « إذا أمكن اعتبار أن الطرفين كانا يعقدانه لو علما بالبطلان » ، فاعترض Niboyet بأن هذا النص لا يصور حالة بطلان جزئى وأنه يكفى أن يترك للقاضى تقدير كل حالة على حدة فى واقعها ، كما هو الشأن الآن (دون النص) . أما Lyon-Caen و Latournerie فرأيا أن هذه القاعدة تستحق نصا تشريعيا ولكن يجب تغيير صياغتها ، واقترحا الصياغة التالية « بطلان التصرف لا يمنع من أن تنتج إرادة عاقديه أثراً إذا أمكن تفسير هذه الإرادة بأنها تسرى على تصرف آخر استوفيت شروط صحته » . فرأت اللجنة الفرعية أن هذه الصيغة تعطى القاضى سلطات كبيرة جداً وتفتح الطريق أمام نوع من سلطة إعادة النظر révisionnisme قد تكون

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ١٩٤٦ — ١٩٤٧ ص ٥٦ .
Les travaux de la commission du porojèt d'un nouveau côde civil.
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٨٨ .

خطرة . وقد صحح Latournerie فكرته بقوله أن الأمر لا يمكن أن يدور إلا حول إرادة واضحة claire للطرفين . وأعلن Niboyet موافقته على مثل هذا النص ، مادام القاضى لا يقر إرادة الطرفين هذه وإنما يكشف عنها ويقررها constater . وحدد Houin المقصود بأنه مجرد تكييف آخر للتصرف المقصود . وهنا يبدو الخلط واضحا بين التحول وبين الغلط فى التكييف إذ أخذت اللجنة بأن التحول ليس إلا مجرد غلط فى التكييف وعلى هذا الأساس تعدل النص . ثم أخذت اللجنة بالمادة ١٨ فى الصيغة التالية : إذا كان التصرف باطلا فيمكن أن يسبغ عليه وصف تصرف آخر صحيح إذا كان هذا الوصف مطابقا لإرادة الطرفين المعلنة manifesté

ثم أعطيت هذه المادة فى المشروع النهائى لهذه اللجنة رقم ١٧ (١) . وبهذا أصبح محل النص ليس تحولا على الإطلاق ، وإنما تصحيح للتكييف الغلط يتم على أساس تفسير الإرادة الحقيقية ، وبهذا زال كل فائدة للنص وأصبح تزيدا لا فائدة منه إطلاقا ولم يكن فى حذفه بعد ذلك أى ضرر .

وأمام اللجنة الفرعية الخاصة بالتصرفات القانونية (٢) أثار Houin بمناسبة صياغة المادة ٢٠ من مشروع الجزء العام و٨٦ من مشروع الالتزامات التى أصبحت المادة ٦٧ فى المشروع النهائى للالتزامات وهى خاصة بالإنقاص ، أثار هذه المادة وقال أنه يحسن التقريب بين هذه النصوص (٢٠ و ٨٦) ونص المادة ٢٧ من القسم العام ، وطبقا لها يمكن أن يكتسب التصرف الباطل وصف تصرف آخر صحيح إذا طابق هذا الوصف إرادة الطرفين المعبرة . فقال Mazeaud أنه يرى أن هذه المادة ١٧ خاطئة erronné وغير نافعة inutile . فهى خاطئة لأنه لكى يستطيع تصرف ما أن يحيا مرة أخرى revivre تحت وصف آخر فيجب أن يكون لا باطلا ، ولكن لم يحسن وصفه mal qualifié ، أما أنه غير نافع فلأن هذه القاعدة ليست إلا مظهرا للقواعد العامة لتفسير التصرفات القانونية وخاصة المادة ١١٥٦ من القانون المدنى (الحالى) . لهذا قررت اللجنة استبعاد هذه المادة (مع استبقاء النص الخاص بالإنقاص) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٩٠ ، ١٠٦ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٣ (٤٧ — ١٩٤٨) ص ٧٧ .

والواقع أن هذا أفضل لأن النص فى صورته الأخيرة إنما يتناول حالة الغلط فى التسمية لا التحول وهو ما تغنى عنه القواعد العامة فعلا .

أما اتجاه اللجنة فيكشف عنه بوضوح أشد جلاء ما ذكره Houin سكرتير اللجنة ومقترح النص الأول والتعديل الأخير فى المحاضرات التى ألقاها فى جامعة القاهرة ١٩٥٤ — ١٩٥٥ عن أركان تكوين العقد (ص ٢٠٤) ، أن التحول ليس إلا تصحيحا للتسمية الغلط ولهذا سماه بالغلط فى التسمية disqualification وأنه لا يدور إلا حول تصحيح للتكييف . وواضح أنه لو كان الأمر فى التحول كذلك لكان وضع نص خاص له عبثا خالصا .

الجزء الثانى

أركان التحول

إن صريح نص المادة ١٤٠ من مجموعة القانون المدنى الألمانى يشترط فى حقيقته لإعمال التحول توافر العناصر التالية : —

١ — أن يكون التصرف (١) الذى أراده المعلن أو المعلنون باطلا .

٢ — أن يوافق عناصر تصرف آخر لم يرد .

٣ — أن يفترض أن الطرفين كانا يعقدان هذا التصرف الآخر لو كانا قد علما ببطلان التصرف المقصود .

فإذا ما توافرت هذه الأركان ، صح التصرف الآخر ، الذى لم يرد ، بقوة القانون كما لو كان قد أريد .

الباب الأول

تصرف باطل

تتكلم المادة ١٤٠ عن تحول تصرف قانونى باطل إلى تصرف قانونى آخر صحيح . ولكن لكى نتمكن من أن نتناول التصرفات القابلة للتحول بالبحث ، يجب علينا أن نبدأ بتعريف فكرة التصرف القانونى وفكرة البطلان وأن نبين حدودهما .

(١ — ترجمة) : تتكلم المادة ١٤٠ ألمانى عن التصرف القانونى بينما تتكلم المادة ١٤٤ مصرى و ١٤٢٤ إيطالى عن العقد ، أما المادة ١٤٠١ مجرى فتتكلم فى أولها عن العقد وفى آخرها عن التصرف القانونى . والواقع أن فكرة العقد لا تحتاج إلى توضيح خاص . أما الصلة بين العقد والتصرف القانونى فهى أن العقد نوع خاص من أنواع التصرف القانونى ، فهو تصرف قانونى من جانبين ، فهو نوع خاص من الجنس العام كما يقول المناطقة .

الفصل السابع

فكرة التصرف القانونى

١ — التصرف القانونى(١) das Rechtsgeschäft هو التعبير عن إرادة خاصة تتجه إلى تحقيق نتيجة قانونية ، تتحقق بمقتضى النظام القانونى لأنها أريدت .

---

(١) لم يصل الرومان إلى تحديد علمى دقيق لفكرة التصرف القانونى ، بل إنهم قد استعملوا تعبيرات كثيرة مختلفة يتحد كثير منها فى معناه وحكمه وذلك راجع إلى طبيعة القانون الرومانى : كاصطلاحات negotium, actus, actum, contractum, factum, gestum . وقد عنى الفقه فى القرن التاسع عشر بالوصول إلى مبدأ عام ينتظم الأنواع المختلفة لهذه الأعمال القانونية المختلفة بحيث تكون مجرد تطبيق له ، وهذا هو التصرف القانونى . وقد ظهر هذا الاصطلاح لأول مرة فى أواخر القرن الثامن عشر ، وطبقا لرأى فلاساك Wlassack (ص٣) كان أول من أوجد هذا التعبير هو هيز Heise فى كتابه Grundriss ص ١٨٠٧ أما طبقا لرأى Regelsberger (ص ٤٨٨) فقد ظهر أولا فى كتاب Hugo عن الباندكت Lehrb. der Pandekten الطبعة الثالثة سنة ١٨٠٥ (قارن فى ذلك Bekker فى الباندكت ، بند ٨٩ ، ملحق ١ . Regelsberger ص ١٣٩ وما بعدها ، Voss ص ١٢ .

ويقابل هذا الاصطلاح فى الفقه الإيطالى تعبير il negozio guiridico ومعناه كذلك العمل أو التصرف القانونى . مع العلم بأن القانون الإيطالى نفسه لا يزال يصدر فى تكوينه عن فكرة العقد il contratto كما هو الحال فى الفقه والقانون الفرنسيين وفى مصر . والواقع أن هذا الموقف فى الفقه الإيطالى والفرنسى ينتهى إلى نتيجة شاذة عند المقارنة بين فقه القانون الخاص وفقه القانون العام وخاصة الإدارى . فهذا الوضع غير موجود فى الفقه الألمانى إذ يصدر عن فكرة التصرف القانونى سواء كان فى نطاق القانون الخاص أو القانون العام ، أما فى الفقه اللاتينى فبينما يقوم القانون الخاص على أساس العقد، يقوم القانون العام على أساس التصرف القانونى وهو فى القانون الإدارى القرار الإدارى . إذ الواضح أن القرار الإدارى يستغرق الجزء الأكبر من نشاط الإدارة بعكس أعمالها التعاقدية . وهذا الوضع هو الذى أدى (فى نظرنا) إلى غموض وعدم وضوح نظرية القرار الإدارى من حيث تكوينه وانقضائه وخاصة من حيث البطلان فى الفقه اللاتينى . ويظهر ذلك فى أوضح صوره فى القضاء والفقه الإدارى المصريين .

ويتبين من هذا التعريف أن التصرف القانونى Rechtsgeschäft وإعلان الإرادة Willenserklärung ليسا شيئا واحداً ، فإعلان الإرادة هو تعبير إرادة خاص متجه إلى تحقيق غرض قانونى ، يقرر النظام القانونى آثاره وفقا لإرادة الغرض هذه . Erfolgswille(١) .

فهذا يبين أن إعلان الإرادة هو ركن فى التصرف القانونى بل هو ركنه الرئيسى . فالتصرف القانونى هو واقعة ركنها الأساسى إعلان إرادة واحد أو أكثر ، وأما آثارها فتتحدد طبقاً لمضمون هذه الإرادة .

ولما كان التصرف القانونى هو إعلان إرادة خاصة ، فإن إعلان الإرادة الواقع فى نطاق القانون العام ، أى إعلان إرادة هيئة من هيئات القانون العام ، باعتبارها صاحبة السلطة العامة ، مثل الدولة والبلديات .... الخ ليس تصرفاً قانونياً بالمعنى المبين أعلاه ، فهذه تنفصل عن نطاق القانون الخاص لتخضع للقانون العام .

وكذلك فإن الأعمال التى تؤدى بها السلطات الحكومية وظائفها مثل الحكم القضائى أو القيد(٢) فى السجل العقارى ، ليست تصرفات قانونية .

ويفرق كذلك بين إعلان الإرادة W.E. فى معناه الضيق ، وفيه يتم التعبير عن الإرادة Willensäusserung خلال عمل يكون الغرض منه — طبقا لعادات التعامل أو الاتفاق — الإعلان عن تلك الإرادة الموجهة إلى تحقيق غرض قانونى ، أى أنه تعبير إرادة بغرض الإعلان ، وبين التعبير عن الإرادة W. äuss التى تتجه مباشرة — دون أن تهدف إلى غرض الإعلان — إلى تحقيق الإرادة ، وفيها يكون العمل الذى تتخذه الإرادة فى حركتها ، ليس وسيلة إعلان وإنما علامة على الإرادة ومجرد مظهر تتخذه فى تحركها . فهو تعبير إرادة دون قصد الإعلان أو بعبارة أدق ، عمل إرادة W. betätigung أو تصرفات W. geschäfte . (٣) .

---

(١) Lehmann ص ١٢٦ .

(٢ — ترجمة) تستعمل تعبير القيد هنا بمعناه المعروف فى القانون الألمانى Eintragung ويقابله فى الاصطلاح المصرى الشهر فى السجل العقارى ، أى سواء بالتسجيل أو بالقيد أو بالتأشير الهامشى .

(٣) Lehmann ص ١٣١ .

ويصف القانون،كل تعبير إرادة W. äuss وحتى عمل الإرادة W. betätigung بأنها إعلان إرادة . وينتج عن ذلك أن النصوص الخاصة بإعلان الإرادة يجب كذلك أن تنطبق على عمل الإرادة W. betätigung طالما لم تؤد الطبيعة الحقيقية لواقعة الإرادة إلى استثناء .

ولما كان التصرف القانوني يقوم على إعلان إرادة ، فينفصل عن نطاقه كذلك كل الأفعال الواقعة فى نطاق القانون الخاص التى تترتب آثارها القانونية بغض النظر عن الإرادة ، أى سواء أريدت أم لم ترد مثل الفعل غير المشروع unerlaubte Handlung .

٢ — ومما يلفت النظر فى هذا التعريف أنه يقوم على وجهة نظر مقتضاها أن الإرادة يجب أن تستهدف غرضاً (نتيجة) قانونياً . ولكن يجب هنا التساؤل : هل من الضرورى حقيقة ، وجوب أن تكون الإرادة قد اتجهت إلى تحقيق غرض قانونى فقط ؟

تتطلب نظرية النتيجة القانونية Rechtsfolgentheorie أن الإرادة يجب أن تتجه إلى أثر قانونى ؛ فتحقيق نتيجة قانونية يجب أن يكون وحده هدف الإرادة ومقصودها .

ولكن إزاء ذلك يرتفع اعتراض بأن المتعاقد نادراً ما يفكر فى الآثار القانونية لتصرفه ، فهو يفكر فقط فى الوصول إلى غرض عملى معين بالذات عن طريق هذا التصرف بالذات ، فهو يريد مثلا أن يحصل على منفعة العقار فهو يستطيع ذلك عن طريق عقد إيجار أو بإنشاء حق انتفاع . وهو لا يفكر فى الآثار القانونية لهذا العقد أو ذاك ، وإنما فى الوصول إلى غرضه فقط ، وكل الوسائل القانونية التى تحقق له هذا الغرض ، هى عنده سواء .

ولهذا تكتفى نظريه النتيجة الجوهرية grundfolgentheorie بإرادة متجهة إلى نتيجة اقتصادية ، فيتكلم Isay (ص ٢) عن النتيجة الإقتصادية وبشمان Bechmann (البيع جـ ٢ ص ١٠٢) عن النتيجة الواقعية empirische ودانتز Danz (فى كتابه التفسير Auslegung عن نتيجة اقتصادية Wirtschaftlich أو اجتماعية gesellschaftlich . فالصورة القانونية هى مجرد وسيلة للحصول

على غرض عملي . والعبرة لدى المتعاقد هي بالغرض لا بالوسيلة . ولكن إذا وضع الطرفان أهمية فاصلة على الصورة القانونية ، فإن الأثر القانوني يكون هنا قد أريد في ذاته وليس النتيجة العملية (١).

وتلعب هذه النتيجة (القانونية أو العملية) دورا كبيرا في نظام التحول . ونحن نرى أن الإرادة تكون في العادة متجهة إلى تحقيق غرض اقتصادي فقط ، ولكن غرض الإرادة لا يلزم أن يكون اقتصاديا فقط ، بل يمكن أن يكون اجتماعيا كذلك ، أو في قول أعم ، غرضا عمليا ، ولكن بقيد واحد على أي حال ، هو أن هذا الغرض يمكن أن يكون في بعض الأحوال تحقيق أثر قانوني (٢).

٣ — وهنا تظهر كذلك مشكلة نظريتي الإرادة والإعلان . فنظرية الإرادة Willenstheorie تربط آثار التصرف بالإرادة الباطنية للمتعاقدين ، فهذه الإرادة الباطنية هي وحدها الحاسمة بالنسبة للتصرف . أما نظريه الإعلان Erklärungstheorie فتريد أن تقيد المعلن في سبيل استقرار التعامل ، بالمعنى الخارجي للإعلان . فلا تسمح له بالاستناد إلى تخلف إرادة التصرف أو إرادة الإعلان . وتقوم بين النظريتين نظريات أخرى كثيرة موفقة ، تربط المعلن بالمعنى الخارجي لإعلانه إذا ما تطلبت ذلك حاجة للطرف الآخر جديرة بالحماية .

ونعتقد هنا أن العنصر الحاسم في التصرف القانوني هو الإرادة ، ولكن ليس باعتبارها واقعة باطنية ، وإنما اعتبارها قد أصبحت خلال الإعلان وكل وسائل

---

(١) Lehmann ص ١٢٦ ، Enneccerus ص ٦٩٧ ، Finger ص ٣٠ ، Rutenbeck ص ٥ ، وغيرهم .

(٢ — ترجمة) ولا يقتصر هذا الخلاف على أعمال الإرادة وكيفية تفسيرها فقط بل يمتد كذلك إلى تفسير النصوص القانونية نفسها وتطبيقها . وقد أدى ذلك إلى قيام مدرستين في الفقه والقضاء تأخذ الأولى بالنتيجة القانونية وتسمى طريقتها في البحث بطريقة المبادىء begrifflich ويسمى القضاء الذي يأخذ بها بقضاء المبادىء Begriffsjurisprudenz . أما المذهب الآخر فهو مذهب المصلحة ويسمى القضاء القائم عليه بقضاء المصلحة Interessenjurisprudenz ومن أكبر ممثليه في الفقه المعاصر H. Westermann فسترمان في كتابه التعليق على القانون المدني Ermann-Westermann. Kommentar ، وفي كتابه عن قانون الأشياء Sachenrecht .

التعبير الأخرى والظروف المقارنة ، موضوعية أو مادية[1] objektiviert

وفى ختام هذا العرض يتعين علينا أن نشرع فى فحص قابلية التصرفات المختلفة للتحول .

١ — لا شك فى ثبوت قابلية التحول بالنسبة لكل التصرفات القانونية وإعلانات الإرادة بجميع أنواعها .

ولهذا فقد قضت محكمة برلين الأولى[2] L.G.I. Berlin ، بجواز تحول إعلان تنبيه(٣) : إذ نبهت مؤسسة بانقضاء عقد كارتل دون مراعاة المدة الواجبة . وقد استبقى إعلان التنبيه الباطل هذا ، وهو إنهاء للعلاقة التعاقدية لم تراع فيه المدة ، باعتباره إعلان تنبيه عادى للموعد التالى الجائز — وكان هنا بعد سنتين على أى حال — والمطابق للإتفاق .

كما استبقت المحكمة العليا للدولة .RG[4] إعلان فسخ[5] باطل ، باعتباره إعلان

(١ — ترجمة) أى باعتبارها ظاهرة اجتماعية يجب أن تخرج من صدر صاحبها إلى العالم الخارجى وإلا لم تكن لها قيمة قانونية ، لأن القانون إنما هو علم اجتماعى يعنى بالظواهر وليس علما باطنيا كعلم النفس . ولكنها حتى بعد خروجها لا تنقطع صلتها بأصلها الباطن إذ هو الأساس فيها ولولاه لما كانت لها قيمة قانونية . ولكنها بسبب هذا الوجود الاجتماعى الضرورى وهو وجود خارجى بطبيعته وباعتبارها مظهرا اجتماعيا يخضع كل العلاقات التى تدور فى المجتمع لمبدأ الثقة والاعتقاد ، فإنها تصبح بسبب هذا الوجود الاجتماعى ، بعد أن كانت ذاتية محضة إرادة موضوعية . فنحن لا نربطها بالإعلان وحده وإنما نقيدها بكل ما يفيد فى الدلالة عليها من وسائل ؛ وأول هذه الوسائل الإعلان الوارد مباشرة عليها ثم طرق التعبير المختلفة الأخرى غير الإعلان التى لا تعتبر إعلانا مباشرا أو دليلا مباشرا ، وإنما هى مجموعة استدلالات Indiz تشير إليها ، ثم الظروف المختلفة التى اقترنت بتكوينها والإعلان عنها ، فهذه الظروف جميعا تساعد كذلك فى التعرف عليها .

(٢) المجلة الأسبوعية القضائية سنة ١٩٢٧ ص ١٥٣١ ، Schönwetter ص ٩ .

(٣ — ترجمة) إعلان التنبيه Kündigungserklärung هو الإعلان الذى يوجهه أحد طرفى العقد إلى الطرف الآخر مبينا فيه رغبته فى إنهاء العقد . ويسميه الفقه المصرى بصدد عقد الإيجار تنبيها conjé وقد يكون من الأصح تسميته إعلان إنهاء .

(٤) المحكمة العليا للدولة Reichsgericht ويرمز لها بالحرفين .RG ومجموعة أحكامها فى المواد المدنية ويرمز إليها بنفس الرمز : .RG . ١٠٥ / ٢٠٦ = JW سنة ١٩٢٣ ص ٤٢ ، Finger ص ٣٢ .

(٥ — ترجمة) يتم الفسخ فى القانون الألمانى طبقاً للمادة ٣٤٩ مدنى بإعلان يوجه إلى الطرف الآخر (والمقصود إعلان إرادة) .

إبطال طبقا للمادة ١٤٠ من مجموعة القانون المدنى الألمانى .

٢ — كما أن تعبير الإرادة W. äuss والإخبــار بإرادة Willensmitteilung وتبليغ العلم Vorstellungsübermittelung تكون كذلك قابلة للتحول طالما أن طبيعتها الخاصة لا تعترض هذا الطريق . لهذا فإنه من العسير ، التفكير فى تصرف جديد لصفح غير صحيح [1] unwirksame Verzeihung ويقدم لنا شينفتر Schönwetter (ص ١٠) المثل التالى : التقط شخص حسن النية شيئا معتقداً أنه ضائع ولكنه كان فى الحقيقة متروكا . فعثوره على الشىء وإدخاله فى حيازته الذى تم على أساس إمكان اكتسابه طبقا للمادة ٩٧٣ من مجموعة القانون المدنى [2]، يجب اعتباره إرادة استيلاء مشروطة ، تتحول فى الحال إلى اكتساب الشىء — الذى هو فى الواقع لا مالك له — عن طريق الاستيلاء [3] (الشىء الذى لا مالك له) [4] .

(١ـ ترجمة) العفو أو الصفح die Verzeihung مثله المادة ٥٣٢ مدنى ألمانى : الهبة يمكن الرجوع فيها طبقاً للمادة ٥٣٠ إذا ارتكب الموهوب له فى مواجهة الواهب أو أحد أقاربه الأقربين فعلا يعتبر جحوداً ، ولكن إذا صفح الواهب عن الموهوب له فينغلق حقه فى الرجوع. كذلك المادة ٢٣٣٧ : يستطيع المورث إذا كان هو أحد الزوجين طبقاً للمادة ٢٣٣٥ أن يحرم الزوج الآخر من نصيبه المحدد قانونا إذا ارتكب فى حقه خطأ يخوله طلب الطلاق طبقاً للمواد ١٥٦٥ إلى ١٥٦٨ (ويتم الحرمان بعمل إرادة أخيرة) . ولكن يسقط هذا الحق بالصفح طبقاً للمادة ٢٣٣٧ . كذلك فإن الوارث يصبح غير جدير بالإرث فيحرم منه إذا ارتكب أحد الأفعال المبينة فى المادة ٢٣٣٩ (وهى تتلخص فى الاعتداء العمد المخالف للقانون على المورث أو إدخال التدليس عليه) ، فيحق لصاحب الشأن أن يرفع دعوى إبطال اكتساب الإرث طبقا للمواد ٢٣٤٠ وما بعدها . ولكن إذا كان المورث قد صفح عن الوارث غير الجدير فيسقط حق الإبطال طبقا للمادة ٢٣٤٣ (ويسرى نفس الحكم على الموصى إليه طبقا للمادة ٢٣٤٥) .

(٢ ـ ترجمة) تنص المادة ٩٧٣ : إذا انقضت سنة على إخطار سلطات البوليس بالعثور على الشىء الضائع ، يكسب الملتقط ملكية الشىء ، إلا إذا كان يعلم قبل ذلك بوجود مستحق للشىء أو كان هذا المستحق قد سجل حقه على الشىء لدى سلطات البوليس . وباكتساب ملكية الشىء تنقضى الحقوق الأخرى التى على الشىء .

(٣ ـ ترجمة) طبقاً للمادة ٩٥٨ من استولى على شىء منقول لا مالك له وأدخله فى حيازته يكتسب ملكيته . (قارن م ٩٧٦ مصرى) .

(٤) Schönwetter ص ١٠ ، قارن Siller ص ١٥٧ .

وتحديد المهلة الذى يكون غير صحيح بسبب المبالغة فى قصرها ، طبقا للمواد ٢٥ ، ٢١٤ ، ٢٨٣ ، ٣٥٤ من[١] مجموعة القانون المدنى يتحول طبقا للمادة ١٤٠ إلى تحديد مهلة معقولة[٢] .

ولكن إذا تخلفت الإرادة الفرضية للدائن فيما يتعلق بالتصرف الجديد أى إذا تبين من سلوكه أنه لا يقبل الالتزام خلال هذه المدة المعقولة (أى فيما زاد عن المدة البالغة القصر التى حددها) فإن التحول يكون ممتنعا[٣] .

٣ — كذلك تخرج الأفعال القانونية التى ليس لها طابع التصرف القانونى ، مثل الفعل غير المشروع عن نطاق تطبيق المادة ١٤٠ أيضا .

٤ — ولما كان التصرف القانونى يقوم على إرادة فى نطاق القانون الخاص ، فلا تسرى المادة ١٤٠ على أعمال السلطة العامة (مثل القيد فى السجل العقارى ورفع الدعوى والحكم) . ولكن يلفت نظرنا فى هذا الشأن حكمان :

ا — الحكم الأول من محكمة يينا العليا(OLG. Jena. JW. 1929/3319) فى القضية التالية : ورث المدعى علية مع شقيقته المدعية بيتا صغيرا ، ثم تخارج معها على أن يكون له المنزل مقابل مبلغ ٨٠٠ مارك ، وأن يثبت لها فى مواجهته هو وخلفائه القانونيين حق شفعة على المنزل بمقابل قدره ٨٠٠٠ مارك ، وقد قيد ذلك فى السجل العقارى . ولما باع المدعى عليه المنزل فيما بعد ، استعملت المدعية حقها فى الشفعة وطالبت المدعى عليه بالتخلى لها عن المنزل . هذا ، ولم ينشأ حق شفعة عينى صحيحا بسبب القيد بثمن محدد ، إذ طبقا لما تثبتت منه المحكمة أراد الطرفان الارتباط مداينة فقط[٤] .

(١ — ترجمة) م ٣٢٦ : إذا كان أحد الطرفين فى عقد تبادلى قد أعذر بالنسبة للالتزام الواقع على عاتقه ، فيمكن للطرف الآخر أن يحدد له للوفاء بالالتزام مدة معقولة مع إعلانه أنه يرفض الوفاء بعد انقضاء هذه المدة ...... ومثلها فى ذلك المواد الأخرى .

(٢) RG. 62/68 ؛ 68/333 ؛ 106/90. JW. 1904/142 ؛ 1905/17.

(٣) RG. 19/207 ؛ Oertmann المادة ٣٢٦ ، Planck م ٣٢٦ ، RGR. Komm. م ٢٥٠ ، Staudinger م ٢٥٠ .

(٤ — ترجمة) الشفعة هى عبء يقع على عقار لصالح شخص ما (حق شفعة شخصى) أو لصالح مالك عقار معين (حق شفعة عينى) ويثبت له فى مواجهة المالك (م ١٠٩٤) فيرتبط الحق بهذا الشخص فقط (فلا يمكن ربطه بعقار) ، أو بعقار فقط (فلا يمكن ربطه بشخص : م ١٠٣٠) . ويكون للحق فى مواجهة شخص ثالث (غير طرف فى العقد الذى أنشأ الشفعة) أثر تأشيرة لتأمين حق المطالبة Anspruch الناشىء عن استعمال الحق فى نقل الملكية (م ١٠٩٨) .

لهذا حولت المحكمة حق الشفعة الباطل إلى تأشيرة بالتخلى (١) Auflassungsvormerkung ، ويكون التصرف فى هذه الحدود صحيحا ، ومن أثره أن تنتقل للمدعية ملكية مكتسب العقار مقابل مبلغ ٨٠٠ مارك .

هذا كما أن المحكمة العليا للدولة (RG. 104/112) ترى إمكان تحول حق شفعة عينى باطل مقيد إلى حق شفعة شخصى تأميني عن طريق تأشيرة بالتخلى .

وهنا يلاحظ Schönwetter (٢) أن وجهة النظر هذه لا يمكن إقرارها ، لأنها تفيد أن القيد فى السجل العقارى وهو عمل سلطة يكون محلا للتحول . وهذا بدوره لا يجد أساسا فى نص المادة ١٤٠ التى تتكلم عن التصرفات القانونية فقط أما القيد فى السجل العقارى فليس تصرفا قانونيا . فضلا عن أن إجازة تحول القيد فى السجل العقارى ، وهو المثقل بقيود الشكل ، سوف يلحق أضراراً بالغة بالاستقرار القانونى فى التعامل العقارى وبالنظام القانونى للعقارات .

(ب) ولكن المحكمة العليا للدولة (٣) حولت مرة أخرى حوالة رهن (غير حيازى) (٤)

(١ـ ترجمة) التخلى Die Auflassung: هو العقد الذى يبرم بين من تخرج عنه ملكية العقار (المتصرف Veräusserer) ومن يكتسب هذه الملكية ويتحدد موقف كل من الطرفين بناء على العلاقة السابقة بينهما (مثلا عقد بيع أو هبة ...... الخ) ، ويجب أن يقع إعلان الإرادة الخاص به بحضور كل من الطرفين فى نفس الوقت أمام مكتب السجل العقارى . وهو عقد مجرد ويكون باطلا إذا كان معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل (م ٩٢٥) وإما أن يقيد مباشرة أو يؤشر به على قيد سابق هو التأشير بالتخلى . أما العمل الذى يخرج به الحق من ذمة الشخص لينتقل إلى ذمة شخص آخر ونسميه بعمل التصرف Verfügung وهو بدوره تصرف مجرد .

(٢) ص ١٠

(٣) جريدة رابطة الموثقين الألمان Zt. d. deutsch. Notarvereins. 31/378

(٤ ـ ترجمة) الرهن الحيازى لا يرد فى القانون الألمانى إلا على المنقولات كما يرد على الحقوق الثابتة فى سند ولو كانت متعلقة بعقار . أما الرهن غير الحيازى Hypothek فيرد على العقارات فقط وعلى الحقوق العقارية القائمة بذاتها . ويجب أن يقع التراضى به ، كما هو الحال فى كل أعمال التصرف العقارية Verfügungen فى الشكل المحدد فى المادة ٨٧٣ سواء أمام المحكمة أو الموثق أو مكتب السجل العقارى وإلا لم يكن أى من الطرفين ملتزماً ، وهو عمل مجرد . ويلزم بعد ذلك قيد هذا التراضى فى مكتب السجل العقارى . وهذا الرهن على نوعين سندى Briefhypothek أى يصدر عنه سند يمكن أن يكون محلا للتداول وحينئذ لا ينشأ حق الرهن إلا بتسلم الدائن سند الرهن من المالك أو من مكتب السجل العقارى (إذا تم الاتفاق على ذلك) . أما النوع الآخر فهو الرهن السجلى Buchhypothek وهو يتطلب =

أصبح دينا عقاريا للمالك (١) إلى إنشاء دين عقـــارى طبقا للمادة ١٤٠ .
ويثير هنا Schönwetter نفس الاعتراض مرة أخرى ، بأن حقيقة ، أن أعمال السلطة يكون لها فى الـكثير الغالب آثار متعلقة بالقانون الخاص - لا تغير الواقع من أنها لا تقوم على الإرادة الخاصة ولهذا لا تـكون قابلة للتحول .

ونحن نرى أن الذى يتحول فى هذه الأحوال ، ليس هو القيد فى السجل العقارى ، وإنما حق الشفعة العينى الباطل، إلى حق شفعة شخصى تأمينى عن طريق تأشيرة التخلى ، وكذلك حوالة الرهن (غير الحيازى) الذى أصبح دينا عقاريا للمالك إلى دين عقارى . والقيد فى السجل العقارى لا يغير الواقع من أن هذه التصرفات باعتبارها كذلك ، إنما هى تصرفات قانونية ، ولهذا فإن قابليتهـا للتحول لا يمكن أن تـكون محل نزاع .

٥ — وكثيرا ما تـكون تصرفات القانون الخاص متضمنة فى أعمال إجرائية. إذ قد يقع الإبطال فى صحيفة رفع الدعوى ، كما أن التنبيه والتنازل والمقاصة والصلح هى من تصرفات القانون الخاص ولـكنها كثيرا ما تقع فى أوراق المرافعات أو الأعمال الإجرائية . ولـكن وقوع هذه التصرفات فى إجراءات المرافعات لا يفقدها طابعها باعتبارها تصرفات قانونية . إذ أن صحتها تتحدد من

= فضلا عن الشروط المطلوبة سابقاً أن يتراضى الطرفان صراحة على استبعاد السند. ويجب قيد هذا التراضى فى السجل العقارى وحينئذ ينشأ حق الرهن بمجرد قيد هذا الاتفاق الخاص. ولا نستطيع أن نسمى الرهن غير الحيازى فى القانون الألمانى بالرهن الرسمى لأن الرسمية ليست طابعا مميزاً له .

(١ — ترجمة) الدين العقـــارى Grundschuld هو تكليف يقع على العين ومقتضاه أن يحصل الدائن من العين على مبلغ معين أو على المبلغ وفوائده والالتزامات التبعية الأخرى كذلك . ويجب أن يتم قبول المالك قيد الحق أمام مكتب السجل العقارى ثم يعقب ذلك القيد فى السجل وبهذا ينشأ الحق . كما يمكن أن ينشأ هذا الحق لمصلحة مالك العقار نفسه ولـكن فى هذه الحالة لا يكون له حق الإلتجاء إلى التنفيذ الجبرى .

والفرق بين الرهن (غير الحيازى) والدين العقارى أن الأول يتم تأميناً لحق شخصى يتبعه تماماً ، كما أنه يجب أن يكون دائن الحق الشخصى هو نفس الدائن المرتهن دائما . أما الدين العقارى فيقوم مستقلا عن أى حق شخصى ففـكرة تأمين الحق الشخصى لا توجد إطلاقاً . وحتى لو قام تأميناً لحـق شخصى فإنه لا يرتبط به كما فى حالة الرهن . فالرهن هو حق تبعى akzessorischesrecht دائماً ، أما الدين العقارى فليس كذلك .

حيث الموضوع طبقا لقواعد القانون الخاص فهى تخضع لجميع نصوصه ومنها المادة ١٤٠ . ولكن إذا وقفت آثارها الاجرائية عقبة فى هذا الطريق فإن التحول يكون ممتنعا(١) .

٦ — أما الواقعة التى لا تستوفى العناصر الجوهرية للتصرف القانونى ، فلا تعتبر تصرفا قانونيا ، مثل التقادم والعمل الذى ليس تصرفا قانونيا ein Nichtrechtsgeschäf أو التصرف غير الموجود ein nicht vorhandenes Rechtsgeschäft ومثله المعاشرة غير المشروعة . ولهذا فإن المادة ١٤٠ لا تنطبق فى هذه الأحوال(٢) .

٧ — وقد تناولنا هنا تصرفات القانون الخاص بالبحث . أما ما إذا كان التحول ينطبق على تصرفات القانون العام مثل تصرفات الدولة والإدارة وإلى أى مدى فذلك خارج عن نطاق البحث الحالى(٣) .

وكنتيجة لهذا البحث ، نستطيع أن نقرر — كقاعدة عامة — أنه يجب أن يوجد تصرف قانونى بالمعنى الذى بيناه حتى يجد التحول مكانا لانطباقه . أما إذا لم توجد مثل هذه الواقعة (التى تستوفى عناصر التصرف القانونى) تخلف الأساس الحقيقى لإجراء أى تحول ، وظلت المادة ١٤٠ خارج نطاق البحث .

---

(١) قارن Finger ص ٣٥ .

(٢) Rg. 109.

(٣) راجع Pappenheim و Rogge وملحق هذه الرسالة .

الفصل الثامن

البطلان

لكى يحقق التصرف القانونى الوصول إلى الغرض المطلوب ،يجب أن يتضمن عدة أركان أساسية مثل إعلان الإرادة والمحل وأهلية الأداء والشكل الضرورى . . . الخ . فإذا تخلفت بعض هذه العناصر ، أنتج التصرف القانونى آثاراً أقل من الآثار المطلوبة أو فقد آثاره كلية . أما الأركان الأساسية المطلوبة للتصرف القانونى ، فهى مبينة فى كتب الفقه باستفاضة ، ولهذا نكتفى بالإحالة عليها . وإنما نعرض هنا فى إيجاز لأنواع البطلان المختلفة .

١ ــ البطلان die Nichtigkeit : التصرف القانونى الباطل هو ذلك الذى يحرمه النظام القانونى من إنتاج الأثر المطلوب والمقصود . وتسمى مجموعة القانون المدنى (الألمانى) التصرف باطلا ، إذا كان عدم إنتاجه لأثره راجعا إلى أسباب معينة بالذات ، وهى على وجه التحديد ، انعدام أهلية التصرف وعدم التمييز أو تعيب إرادة الشخص ، أو عيب فى الشكل ، أو إذا كان المضمون ممنوعا أو مخالفا للآداب أو لا يرضاه القانون ، أو استحالة الالتزام موضوعيا objectiv من بادىء الأمر .

والتصرف الباطل ليس عدما حقيقيا (ein reines Nichts) إذ يوجد دائما المظهر الخارجى للتصرف ، الذى قد تكون له آثار معينة كذلك ولكن تمتنع فقط وبالذات تلك الآثار المطلوبة والمقصودة . فمثلا الإعلان الصادر عن مزاح وهو لذلك باطل (م ١١٨) ينشىء التزاما بالتعويض (م ١٢٢)[1] ، وكذلك

(١ ــ ترجمة) م ١١٨ : إعلان الإرادة غير المقصود بصفة جدية والذى صدر مع توقع أن عيب عدم الجدية لن يخفى يكون باطلا . تنص المادة ١٢٢ على أن هذا الإعلان الباطل يترتب عليه ، إذا كان موجهاً إلى شخص آخر ، أن يلتزم المعلن بتعويض هذا الطرف الآخر أو أى شخص =

ينشيء التصرف الباطل التزاما بالتعويض عن المصلحة السلبية das negative Interesse . لهذا يجب تمييز التصرف الباطل عن الواقعة التى ليست تصرفا قانونيا وعن التصرف غير الموجود . فى هذه الحالة الأخيرة لا يخرج التصرف إطلاقا إلى الوجود (حتى ولا فى مظهره) .

وفى كثير من الأحوال تصف المجموعة المدنية تصرفا ما بانه غير منتج لآثاره unwriksam (أى غير صحيح) . وفى عدد كبير من التصرفات التى توصف بأنها غير صحيحة فقط يكون الأثر (المطلوب) ممتنعا نهائيا كما فى التصرفات الباطلة وتنطبق عليها جميع قواعد البطلان .

(ا) لا يستطيع التصرف الباطل أن ينتج الآثار المقصودة فى مواجهة أى شخص . ويستطيع كل شخص أن يتمسك بالبطلان . ويجب على القاضى أن يراعيه من تلقاء نفسه حتى ولو لم يتمسك به المدعى عليه نفسه .

(ب) يكون تصحيح البطلان ممتنعا أساسا وكذلك بالطبع الإجازة . وحتى التحول نفسه لا يساعد التصرف الباطل على اكتساب الصحة ، وإنما تصرفا آخر(١) . ولكى يستطيع التصرف الباطل إنتاج الآثار المطلوبة ، يجب إعادة إنشائه من جديد ، وتترتب آثار هذا الإنشاء الجديد بأثر مباشر ex nunc .

والبطلان قد يكون مطلقا أو نسبياً (مقيدا) . فالتصرف الباطل مطلقا هو غير صحيح فى مواجهة كل شخص، أما التصرف الباطل نسبيا فهو باطل فى مواجهة أشخاص معينين فقط ، أما فى مواجهة سائر الأشخاص سواهم فهو صحيح .

والبطلان قد يكون كاملا (تاما) أو جزئيا (م ١٣٩ ألمانى ، ١٤٣ مصرى) :

ويكون البطلان نهائيا endgültig دائما ، أما التصرف الباطل مؤقتاً schwebend unwirksam أى المعلق أو الموقوف فيجب تمييزه عن التصرف

= آخر عند اللزوم ، عن الضرر الذى أصابه من جراء اعتقاده صحة الإعلان، ولكن فيما لا يزيد عن قيمة المصلحة التى كانت للطرف الآخر أو للشخص الثالث فى صحة الإعلان . ولا ينشأ هذا الإلتزام بالتعويض ، إذا كان صاحب الحق فيه كان يعلم هذا البطلان أو كان يتحتم عليه أن يعلمه (أى لم يعلمه بسبب إهماله) ،

(١) Finger ص ٤٢ .

الباطل نهائيا . ففى التصرف الموقوف يكون البطلان غير مؤكد . وإنما يتحقق هذا التأكد خلال واقعة لاحقة ، كما فى عمل تصرف Verfügung غير المالك الصادر دون رضا صاحب الشأن[1] . فإذا وقع الركن المتخلف ، اكتسب التصرف الصحة بأثر رجعى ex tunc . وإذا امتنع هذا نهائيا تم البطلان بأثر رجعى كذلك ، وتعين النظر إلى التصرف كما لو كان من أول الأمر باطلا .

٢ — قابلية الإبطال Anfechtbarkeit : وهى بطلان معقود بإرادة متعاقد معين ، مربوط بافتراض صحة التصرف صحة مؤقتة (Lehmann ص ١٥٥) . وصاحب إعلان الإبطال — الذى تحمى قابلية الإبطال مصلحته — هو وحده الذى يستطيع أن يعمل الإبطال وذلك بإعلان إرادة من جانب واحد einseitig غير شكلى formlos ويحتاج إلى استلام empfangsbedürftig(م١٤٣ ألمانى)[2]. والإبطال يعدم التصرف كلية بأثر رجعى ex tunc ويصبح كأنه كان من أول الأمر باطلا . ويكون التصرف ، بعد الإبطال ، باطلا فى مواجهة كل شخص ، ويستطيع كل شخص أن يتمسك بالبطلان ، وعلى القاضى أن يراعيه من تلقاء نفسه . والتصرف القابل للإبطال يمكن إجازته ، والإجازة هى تنازل عن حق الإبطال وليست إنشاء جديدا للتصرف كما هو شأن التصرف الباطل .

٣ — عدم الصحة النسبى relative Unwirksamkeit :التصرف غير الصحيح نسبيا هو تصرف تترتب عليه آثاره القانونية بصفة عامة ، ولكن بقيد هو أن مصالح معينة لأحد الطرفين ، وهى التى يريد المشرع حمايتها ، تظل قائمة محترمة ،

---

(١) المواد ١٠٨ و ١٧٧ و ١٨٥ و ٣١٣ و ٥١٨ من مجموعة القانون المدنى الألمانى : (ترجمة) وتنص م ١٨٥ مثلا على أن عمل التصرف Verfügung الصادر ممن لا يملكه، على شىء يكون صحيحاً إذا تم برضا من له الحق . ويصبح صحيحاً إذا أقره من له الحق أو إذا اكتسب المتصرف الشىء أو إذا ورثه من صاحب الحق ، وكان مسئولا بصفة مطلقة عن ارتباط التركة بذلك . وفى الحالتين الأخيرتين ، إذا وردت على الشىء أعمال تصرف مختلفة تكون فى تعارض مع بعضها ، صحت السابقة منها فقط (قارن المواد ٤٦٦ ، ٤٦٧ مصرى بشأن بيع ملك الغير) .

(٢ — ترجمة) م ١٤٣ : يتم الإبطال بإعلان يوجه إلى الخصم فى الإبطال . والخصم فى الإبطال هو فى العقود الطرف الآخر ، وفى حالة المادة ١٢٣ فقرة ٢ هو ذلك الذى اكتسب من العقد مباشرة حقاً . وفى التصرفات من جانب واحد ...الخ .

كما لو كان التصرف غير صحيح إطلاقا (Enneccerus ص ٨٧٦)[1] . ويختلف عدم الصحة النسبي عن البطلان فى قصر عدم صحة التصرف على أشخاص معينين ، ويختلف عن قابلية الإبطال فى أن عدم الصحة ، فى الحدود التى يعمل فيها ، يتحقق بقوة القانون ipso iure ولا يحتاج إلى عمل إرادة من الشخص المطلوب حمايته بحقها ابتداء . ومثل ذلك عدم الصحة بسبب المنع من التصرف Veräusserungsverbot : فالتصرف صحيح ، ولكن يعامل كما لو كان غير صحيح وذلك لمصلحة أشخاص معنيين . وعلى عكس البطلان المطلق فإن تصحيح عدم الصحة النسبى ممكن وذلك (ا) إما بزوال سبب عدم الصحة ، (ب) أو بتنازل المقصود بالتحريم حمايته عن التمسك بعدم الصحة وإعماله ، ومثل ذلك المادة ١٣٥و ١٣٦ مدنى .

٤ — قابلية السقوط die Vernichtbarkeit : ويدور الأمر هنا حول صحة مؤقتة مرتبطة بإمكان البطلان ، ليس فقط عن طريق إعلان إرادة مستفيدين معينين يتجه خاصة إلى ذلك ، وإنما كذلك خلال ملابسات أخرى تعمل على هدم التصرف مستقلة عن إرادتهم ، فمثلا الزواج القابل للإسقاط (م ٣٣ وما بعدها من قانون الزواج) يمكن إنهاؤه عن طريق الموت أو الطلاق كذلك . ويماثل التصرف فى هذه الحالة التصرف القابل للإبطال فى أنه يعتبر صحيحا إلى أن يعلن

(١ـ ترجمة) م ١٣٥ : إذا خالف عمل التصرف Verfügung الوارد على شىء نصاً قانونياً مانعاً من التصرف ، يستهدف حماية أشخاص معينين فقط ، فيكون غير صحيح فى مواجهة هؤلاء الأشخاص فقط . ويشبه بعمل التصرف الناشىء عن تصرف قانونى ، عمل التصرف الذى يتم خلال التنفيذ الجبرى أو التنفيذ التهديدى ....

م ١٣٦ : المنع من التصرف الصادر من محكمة أو سلطة أخرى داخل حدود اختصاصها، يعامل كالمنع القانونى من التصرف المشار إليه فى المادة ١٣٥ .

ويقابل هذه الحالة ما يسمى فى الفقه الفرنسى والمصرى بعدم النفاذ inopposabilité والواقع أن عدم نفاذ التصرف فى مواجهة شخص معين إنما هو نتيجة لما يشوب هذا التصرف من عيب وليس هو نفسه العيب الذى يشوب التصرف ، أما هذا العيب الذى يؤدى إلى عدم النفاذ فيغفل الفقه والقضاء عن البحث عنه وتحديده ويكتفى بهذه العبارة العامة طلسماً يغطى به المشاكل ويزعم أنه وجد لذلك حلا دون أن يحلها فى الواقع. فعدم النفاذ هو نتيجة عدم صحة التصرف ، وليس هو نفسه عدم صحة التصرف .

إبطاله على أساس دعوى الإسقاط . وعلى أى حال فان الإسقاط يعمل فى كثير من الأحوال بأثر حال ex nunc . وعلى عكس الإبطال ، فإن النتيجة القانونية التى تترتب مؤقتا ، يمكن أن تزول لأسباب أخرى مستقلة تماما عن إعلان إرادة أصحاب الشأن المحددين الموجهة إلى إزالة التصرف Vernichtbarkeit . كما يختلف الإسقاط عن الإبطال كذلك فى اتساع دائرة من لهم حق رفع الدعوى(١) .

وبهذا نصل إلى بحث قابلية الأنواع المختلفة من التصرفات غير الصحيحة للتحول .

أولا : التصرف الباطل

تتكلم المادة ١٤٠ عن تحول التصرفات الباطلة .

١ — لهذا لا يخضع التصرف الذى لم يكتمل بعد unvollkommenes Rechtsgeschäft وما ليس تصرفا قانونيا Nichtrechtsgeschät أو التصرف غير الموجود nicht vorhandenes Rechtsgeschäft للتحول . إذ فى هذه الأحوال تقوم واقعة لا يعقد بها القانون أية آثار قانونية . فهى غير قابلة للتحول إذ تنقصها إرادة التصرف التى تبرر التحول(٢) . وقد حكمت المحكمة العليا الدولة RG.(٣) أن أساس التحول يكون إذن قد تخلف كذلك ، إذا تخلف تراضى الطرفين. وكذلك فإن المعاشرة غير المشروعة Konkubinat أو الزواج الذى تم أمام الجهة الدينية فقط ، لا يكونان مثلا زواجا صحيحا إذ يدور الأمر فى ذلك حول وقائع تقع خارج نطاق القانون ، لا يعترف بها ولا يمسها ، فهى لذلك غير قابلة للتحول.

ومن الواضح بكل تأكيد ، أن غاية التحول هى حماية المتعاقدين الذين لا يمكنهم تحقيق أغراضهم القانونية أو الإقتصادية بسبب جهلهم بالحقائق القانونية . أما إذا كان عمل الطرفين واقعا خارج نطاق القانون ، فليس ثمة مايبرر تقديم هذا العون .

---

(١) Lehmann ص ١٥٠ وما بعدها ، Enneccerus طبعة ١٤ ص ٨٦١ ومابعدها.

(٢) Weil ص ٤٠ ، Wiechell ص ١٦ ، و Finger ص ٤٠ ، و Küntzel ص ١٦ و Voss ص ٤١ .

(٣) JW. 1918/ 765 = RG. 93 / 360

ولذلك فإن التصرف الصادر عن فاقد أهلية الأداء (المادة ١٠٤) أو فاقد الإرادة (م١٠٥ف٢) أو التصرف الذى تم مزاحا أو على سبيل الصورية هى جميعها تصرفات غير قابلة للتحول[١] .

فإذا أنشأ مالك عقار رهنا (غير حيازى) لصالح دائن وهمى ، فلا يمكن استبقاء هذا الرهن الباطل على أساس المادة ١٤٠ باعتباره دينا عقاريا للمالك ، لأن الأمر هنا محله تصرف غير مكتمل لا تصرف باطل[٢] .

فإذا وضع س مشروع إيجاب هبة ، وافق مصادفة عناصر الوصية اليدوية ، ثم مات س هذا بعد تركه هذا الإيجاب ، فلا يستبقى هذا الإيجاب نفسه باعتباره وصية حتى ولو كان هذا موافقا لإرادة س الفرضيه . لأن س لا توجد له إرادة حقيقية تدخل فى الاعتبار (المحرر هو مجرد مشروع) ولهذا وبحق لا يمكن أن تكون إرادته الفرضية بداءة محل اعتبار[٣].

وإذا أراد س أن يوصى فى الشكل الرسمى وأنشأ فى بادىء الأمر مشروعا بذلك ، وافق أركان وصية خاصة ، ثم توفى قبل أن يتمكن من إتمام الوصية الرسمية ، فإن هذا المشروع الخاص لن يكتسب الصحة طبقا للمادة ١٤٠ لأنه ليس تصرفا قانونيا بل هو واقعة لا تعد تصرفا Nishtrechtsgeschäft إذ أن إرادة س فى الإعلان متخلفة[٤] .

٢ — ويتضح من صريح نص المادة ١٤٠ أنه إذا وافق تصرف باطل .... أن التصرف الصحيح غير قابل للتحول إذ يجب أن يصح فى الصورة التى أرادها الطرفان ، إذ تقوم صحته حينئذ على الإرادة الحقيقية للطرفين . فلا حاجة هنا ،

---

(١) فى التصرف الصورى ، يكون التصرف المستور قابلا بطبيعة الحال ، للتحول .

(٢) Finger ص ٤٠ ، ويكون الأمر مختلفا إذا كان الدائن المرتهن مختل العقل ، ولهذا كان التراضى باطلا ، إذ هنا يكون مالك العقار الذى وثق فى صحة إنشاء الرهن ، جديرا بالحماية ضد رجوع الدائنين اللاحقين عليه ولكن هذا لا يصادف محلا فى الحالة المعروضة أعلاه .

(٣) v. Tuhr الجزء العام من القانون الألمانى . ج ٢ مجلد (١) بند ٥٦ خامسا II. 1. § 56. V.

(٤) Finger ص ٤٠ .

بل لا يجوز ، البحث عن التحول — خلال إرادة فرضية للطرفين ثم إعمال هذه الإرادة — لتقرير مساعدة احتمالية للتصرف ؛ إذ يجب ، دون شك ، أن تصح الإرادة الحقيقية التي يقرها القانون وأن تنتج أثرها[1] .

٣ — أما جميع حالات البطلان الحقيقية فهي قابلة للتحول سواء في ذلك أن قام البطلان بسبب تخلف ركن منشيء (يجب أن يتوافر وجوده لنشوء التصرف) أو لوجود سبب مانع قانونا من نشوء التصرف[2] . فلا أهمية لسبب البطلان في مجال تطبيق المادة ١٤٠ . فالبطلان الناشيء عن عيب في الشكل أو تخلف أي ركن قانوني آخر أو مخالفة نص قانوني مانع أو الآداب لا يعوق إجراء التحول .

أما إذا كان بطلان التصرف Rechtsgeschäft راجعا إلى أن عمل التصرف الناقل للحق العيني Verfügung صدر عمن لا يملكه فقد يصعب تطبيق المادة ١٤٠ نظرا لأن التصرف الثاني غالبا ما يكون مشوبا بنفس العيب[3] ولكن التحول لا يكون في مثل هذه الأحوال ممتنعا تماما ، فمثلا يمكن لمالكي سند الرهن أن يتصرفا فيه باشتراكهما معا فقط ، ولكن يملك كل واحد منهما على انفراد ، أن ينشيء بالنسبة لشخصه فقط التزاما صحيحا بألا يكون له حق استرداد السند من شخص ثالث ، فهو يستطيع إذن أن ينشيء على السند حق حبس[4] يكون صحيحا وإنما في مواجهته هو فقط . ويعترض الاتفاق على حق الحبس هذا ، حق ذلك الدائن المرتهن (في الرهن غير الحيازي) في الاسترداد . ولهذا يمكن كذلك استبقاء الرهن

---

(١) قارن كذلك في القانون المصري : بهجت بدوي ص ٤٠٠ ، السنهوري : العقد ص٦٣٥ ، المصادر ص ٤٩٩ حيث يضرب مثل عقد الهبة الصحيح الذي يوافق وصية ، فلا مجال للتحول حتى ولو أمكن افتراض أن الطرفين كانا يفضلان إنشاء الوصية ، لأن عقد الهبة صحيح.

(٢) Schönwetter ص ١٥ ، Finger ص ٩٤ .

(٣) RG. "Recht". 1908. Nr. 1944 ؛ RG. 124/31 .

(٤ـ ترجمة) حق الحبس في القانون الألماني ليس حقا عينيا ، وإنما هو حق ناشيء عن علاقة الارتباط التي تقوم بين التزامين ناشئين عن نفس العلاقة القانونية (قارن م ٢٤٦ مصري) . وتنظمه المادة ٢٧٣ الواردة في الباب الأول من الجزء الثاني من قانون المداينات وهو الباب الذي ينظم الالتزامات بصفة عامة (يقابل لدينا أحكام الالتزام) .

الحيازى الوارد على سند الرهن (غير الحيازى) الذى أنشأه واحد فقط من أصحاب الحق . ويكون صحيحا فى مواجهته هو فقط ، باعتباره حق حبس واردا على هذا السند (١).

٤ — استثناء من قاعدة أن التصرف الباطل لا يمكن تصحيحه ، تنشىء المواد ٣١٣ فقرة ٢ ، ٥١٨ ف٢ ، ٧٦٦ ف٢ (٢) استثناء مقتضاه تصحيح البطلان إذا تم الوفاء . وهنا تنطبق المادة ١٤٠ بصفة أساسية إذ أن هذه الحالات هى حالات تصرفات « باطلة » . ولكن إذا قام وجه معقول يرجح أن العقد الباطل سوف ينفذ ، فلا تقوم أى حاجة إلى التحول ، لأن التصرف المراد أولا يوافق إرادة الطرفين ومصلحتهما أكثر من ذلك الناشىء عن التحول ، ولهذا لا تنطبق المادة ١٤٠ إذا كان التصحيح متوقعا أو واقعا حتما (مثلا إذا كان عقد التخلى Auflassung عن العقار قد تم فعلا ولكن لم يتم التسجيل بعد). (٣) .

٥ — أما المعيار الحاسم فهو بطلان التصرف فى وقت إبرامه . فالتصرف يجب أن يكون من بادىء الأمر باطلا . فالبطلان يجب أساسا أن يكون صفة ينطوى عليها التصرف فى ذاته(٤) . أما إذا كان التصرف صحيحا فى وقت انعقاده ، ومنتجا بوصفه هذا لآثاره فعلا ، ولكن فقد صحته فيما بعد لسبب ما

---

(١) RG. 66/28 ، Fischer ص ٣٤ ، Finger ص ٤٢ .

(٢ — ترجمة) م ٣١٣ : يحتاج العقد الذى يلتزم فيه أحد الطرفين بنقل ملكية عقار ، إلى التوثيق فى المحكمة أو أمام الموثق (أى إلى الشكل الرسمى) . ويكون العقد الذى أبرم دون مراعاة هذا الشكل فى مجموع مضمونه صحيحا ، إذا كان عقد التخلى Auflaasung قد تم وكذلك القيد فى السجل العقارى .

م ٥١٨ : يتطلب لصحة العقد الذى يتضمن وعدا بالتزام على سبيل الهبة ، إلى الشكل الرسمى (أمام المحكمة أو الموثق) . ويسرى ذلك أيضا إذا كان الوعد بالدين أو الإقرار بالدين قد تم على سبيل الهبة على الوجه المبين فى المادة ٧٨٠ ، ٧٨١ بالنسبة لإعلان الوعد أو الإقرار . ويصحح عيب الشكل بتنفيذ الالتزام الموعود به .

م ٧٦٦ : يتطلب لصحة عقد الكفالة أن يكون إعلان الكفالة قد تم كتابة . ويصحح عيب الشكل طالما أن الكفيل قد نفذ ارتباطه الأساسى .

(٣) Finger ص ٤٢ .

(٤) Bishmann ص ١٢ ، Schönwetter ص ١٣ ، Bischer ص ٢٦ ، ٦٩ ، Weil ص ٤٢ .

(مثلا فسخ العقد ، العدول عن هبة أو عن وعد بجائزة ، أو استحالة لاحقه) فلا يقوم بذلك أى أساس لإجراء التحول .

فمثلا إذا كان كل من طرفى العقد فى وقت انعقاده أهلا للتصرف ، ثم أصبح أحدهما بعد ذلك بسبب مرض عقلى فاقدا أهلية الأداء ، فلا يقوم هذا أساسا للتحول . فالتصرف قد انعقد فى الواقع صحيحا ، وهو على هذا الوجه غير قابل للتحول(١) .

وتشابه ذلك حالة سقوط حق المطالبة der Anspruch الناشئ عن التصرف بسبب التقادم لأن التقادم ليس بطلانا ولهذا لا يمكن تحول التصرف .(٢)

٦ — وفى كثير من الأحوال تتكلم مجموعة القانون المدنى عن حالة « عدم صحة unwirksamkeit » بينما يدور الأمر فى الحقيقة حول بطلان بمعناه الفنى الضيق ، أى حالة عدم صحة تقوم بالتصرف من أول الأمر ولا يمكن تصحيحها .(٣) فيجب هنا إذن أن تنطبق كافة القواعد القانونية التى تسرى على حالات البطلان الحقيقية ، فتكون المادة ١٤٠ منطبقة فى مثل هذه الأحوال كذلك(٤) . فإذا كانت المحكمة العليا للدولة RG. 79/306 قد رفضت تطبيق المادة ١٤٠ على مثل هذه الأحوال بحجة « أن التصرفات غير الصحيحة لا تنتمى طبقا للاصطلاح اللغوى فى مجموعة القانون المدنى إلى التصرفات الباطلة » ، فإنه بذلك يكون قد فاتها أن مجموعة القانون المدنى لا تعرف تحديدا واضحا بين التصرفات الباطلة والتصرفات غير الصحيحة . ففكرة البطلان وفكرة عدم

---

(١) Fischer ص ٦٩ .

(٢) RG. 109؛ Siller ص ١٦٥ .

(٣) مثلا المواد ١١١ ، ١٧٤ ، ١٨٠ ف٢ ، ٣٤٤ ، ٣٨٨ ، ٤١٠ ، ٩٢٥ف٢ ، ١١٦٠ ، ١٢٣٥ ف٢ ، ١٩٥٠ ف٢ ، ٢١٠١ ، ٢١٧١ ، ٢١٨٠ ف٢ ، ٢٠٢ ف٢ ، من مجموعة القانون المدنى .

(٤) Enneccerus جـ ١ بند ٢٠٢ خامسا ص ٨٧٤ ، Fischer-Henle المادة ١٤٠ ، Fischer ص ٢٠ ، Schönwetter ص ١٥ ، Finger ص ٤٤ ، Wiechell ص ١٧ ، Bichmann ص ١٤ ، v. Brasch؛ Staudinger المادة ١٤٠ ، Küntzel ص ١٧ .

الصحة لا تتميزان عن بعضهما بدقة فى مجموعة القانون المدنى . ولهذا فإنه لا يمكن أن يستخلص التحديد الصحيح لـكل من الفـكرتين من الاصطلاح اللغوى بأية حال.

وعلى هذا يمكن استبقاء التصرف الناقل للحق العينى (عمل التخلى Auflassung) والمقترن بشرط (وهو لهـذا باطل) باعتباره اتفاقا على إنشاء حق فسخ للمتصرف Veräusserer (فى الحق)[١]. وكذلك يمكن تحول المقاصة[٢] المشروطة والباطلة لهذا السبب طبقا للمادة ٣٨٨. والتى أعلن الطرف الآخر رضاه بها إلى عقد مقاصة .

فإذا نبه القاصر س بإنهاء عقد إيجار ، ورضى المستأجر بهذا التنبيه ،[٣] فيمكن حينئذ الإبقاء على إعلان التنبيه الصادر من القاصر والباطل طبقا للمادة ١١١ ، باعتباره إيجابا لعقد إقالة من الإيجار الذى يخرج إلى الوجود إذا قبله المستأجر ، ولـكن يكون بطبيعة الحال ، موقوفا[٤] .

فإعلان التنبيه الباطل الذى يقبله الخصم ، يمكن أن يستبقى باعتباره إيجابا

(١) v. Tuhr جـ ٢ مجلد ١ بند ٥٦ خامسا ، Manigk فى Arch. ص ٥٢٩ ، Oertmann بند ٥٥ ، Enneccerus جـ ١ مجلد ٢ بند ١١٨ أولا ، Planck مادة ٥٥ ، Finger ص ٢٥ ، Michaelis ص ٥٦٦ ، قارن Leonhard ص ٥٥ ، Lehmann ص ١٤٤ .

(٢ـ ترجمة) تنص المادة ٣٨٨ : تتم المقاصة بإعلان يوجه إلى الطرف الآخر ويكون الإعلان غير صحيح إذا صدر معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل . قارن م ٣٦٥ مصرى .

(٣) هذا التنبيه الصادر من جانب واحد هو باطل تماما وليس موقوفا ، إذ لا يمكن أن يطلب من الخصم تحمل قيام موقف التعليق ، إذ لا تأثير للطرف الآخر على الإعلان الصادر من جانب واحد ، وحينئذ سوف يفرض عليه موقف التعليق رغم إرادته . والأمر فى العقد غير ذلك . فالطرف الآخر ليس فى حاجة إلى التعاقد مع القاصر ، فإذا تعاقد رغم ذلك ، فيجب عليه أن يرضى بموقف التعليق على مسئوليته ، إذ ليس ثمة مبرر لتقرير حماية له ، ازدراها هو من جانبه.

(٤) تنطبق هنا المادة ١٤٠ رغم أن التصرف الجديد ليس كامل الصحة وإنما موقوف ، إذ تقوم على الأقل إمكانية أن يصبح التصرف صحيحا كذلك ، بينما الإعلان الصادر من جانب واحد هو باطل بصفة نهائية وغير قابل للتصحيح . انظر فيما بعد وقارن Finger ص ٤٤ .

لعقد إقالة(١) (عقد إنهاء للعقد المنبه بإنهائه)(٢) .

لهذا يجب التسليم بأن الأمر فى مثل هذه الحالات من أحوال عدم الصحة ، أى عدم الصحة النهائية والتى لا يمكن تصحيحها ، يدور فى الواقع حول بطلان حقيقى ، ولهذا تنسحب المادة ١٤٠ كذلك على مثل هذه الأحوال .

ثانيا : التصرف الموقوف

يكون التصرف موقوفا إذا كان ، كما سبق القول ، لم يستوف عنصرا من عناصر الصحة التى يمكن استيفاؤها فيما بعد ، فهو موقوف لأن صحته أو بطلانه لم يتقرر بعد بصفة نهائية(٣) . ويمكن أن يذكر فى هذا الشأن الحالة التى يتطلب فيها ، لصحة

(١ ــ ترجمة) الإقالة فى الشريعة هى التراضى بين طرفى العقد على رفع حكم العقد السابق القائم بينهما ، فهى إنهاء للعلاقة التعاقدية القائمة بتراض جديد ، وقد جاء فى البدائع جـ ٥ ص ٣٠٦ ، أما بيان ما يرفع حكم البيع ... وتوع لا يرتفع إلا بالإقالة وهو حكم كل بيع لازم وهو البيع الصحيح الخالى عن الخيار . ونحن نفضل التعبير الشرعى هنا لدقته ومطابقته الواقع .

(٢) Finger ص ٤٥ ، Staudinger مادة ٦٢٠ .

(٣ ــ ترجمة) ولعل الموقف فى الشريعة يوضح هذا الأمر خاصة وأننا اخترنا الاصطلاح الشرعى للترجمة ، وذلك أن الاصطلاح الألمانى معناه معلق أو موقوف ، فهو يتفق مع الاصطلاح الشرعى فى اللفظ والحكم . أما العيوب التى تشوب العقد فى الشريعة (راجع الكاسانى — البدائع جـ ٥ ص ١٣٤ وما بعدها) فقد تؤدى إلى عدم انعقاده أو إلى عدم نفاذه أى وقفه أو إلى عدم صحته أى فساده .

أولا : فإذا تخلفت شروط الانعقاد وهى ركن العقد وشرائط الركن لم ينعقد العقد . أما ركن العقد فهو فى البيع مثلا مبادلة شىء مرغوب بشىء مرغوب بالقول أو بالفعل (ص ١٣٣) أما شرائط الركن : ١ — فبعضها يرجع إلى العاقد وهى (ا) أن يكون عاقلا أهلا للتصرف (ص ١٣٥) (ب) وأن يتعدد فلا يصلح الواحد عاقدا من الجانبين فى باب البيع إلا الأب فيما يبيع مال نفسه إلى ولده . ٢ — وبعضها يرجع إلى نفس العقد وهى موافقة القبول للايجاب (ص ١٣٦) . ٣ — وبعضها يرجع إلى مكان العقد وهى اتحاد المجلس (ص ١٣٧) . ٤ — وبعضها يرجع إلى المعقود عليه (ص ١٣٨) وهى أن يكون (ا) موجودا (ب) وأن يكون مالا (جـ) وأن يكون مملوكا (د) للبائع عند البيع (يتصرف باسم نفسه) (هـ) وأن يكون مقدور التسليم . فإن تخلف شرط من هذه الشروط لم ينعقد العقد .

ثانياً : أما شروط النفاذ فهى نوعان ١ — أحدهما الملك أو الولاية (يتصرف باسم =

التصرف على وجه نهائي ، موافقة شخص ثالث أو إقراره ، كما في المواد ١٠٨ ، ١٧٧ ، ٤٥٨ ، ٨٨٠ ف٢ ، ١٣٩٦ ، ١٤٤٨ ، ١٨٢٩ من مجموعة القانون المدنى(١). كما تنتمى إلى ذلك أيضا الأحوال التى يتطلب فيها حتى يكتسب التصرف

= غيره كالفضولى) فهنا ينعقد العقد موقوفا على إجازة المالك (ص ١٤٨) . ٢ — أما الولاية فنوعان : وهى الوكالة والولاية الشرعية. وأوضح مثل لحالة العقد الموقوف هى بيع ملك الغير (ص ١٤٨ — ١٤٩) ، فيقول الكاسانى أن شرائط النفاذ هى الملك والولاية . أما الملك (فى البيع) فهو أن يكون المبيع مملوكا للبائع ، فلا ينفذ بيع الفضولى لانعدام الملك والولاية ؛ ولكنه ينعقد موقوفا على إجازة المالك ... وعندنا هذا التصرف مفيد فى الجملة ، وهو ثبوت الملك فيما يتضرر المالك بزواله موقوفا على الإجازة: إما من كل وجه أو من وجه لكن لا يظهر شيء من ذلك عند العقد إنما يظهر عند الإجازة، وهو تفسير التوقف عندنا أن يتوقف الجواب فى الحال أنه صحيح فى حق الحكم أم لا . ويقطع القول به للحال ولكن يقطع القول بصحته عند الإجازة. وهذا جائز وله نظائر فى الشرع ، وهو البيع بشرط الخيار للبائع أو المشترى .

ثالثاً : أما شروط الصحة فيقول الكاسانى (ص ١٥٦) : الصحة أمر زائد على الانعقاد والنفاذ ، فكل ما كان شرط الانعقاد والنفاذ كان شرط الصحة ضرورة وليس كل ما يكون شرط الصحة يكون شرط النفاذ والانعقاد وهى : ١ — أن يكون البيع معلوما علما يمنع من المنازعة فإن كان أحدهما مجهولا جهالة مفضية إلى المنازعه فسد البيع . ٢ — أن يكون المبيع مقدور التسليم من غير ضرر يلحق البائع ٣ — الخلو عن الشروط الفاسدة . راجع فى ذلك أيضا الدكتور شفيق شحاته — نظرية الالتزامات فى الشريعة ص ١٤٩ وما بعدها .

هذا ومن رأى الدكتور شفيق شحاتة أن بيع ملك الغير ورهن ملك الغير فى القانون المصرى الحالى هى تصرفات موقوفة (النظرية العامة للتأمين العينى ج١ : مصادر التأمينات العينية ص ٧٨ بند ٩١) على خلاف من رأوا أنها باطلة بطلانا نسبيا أو مطلقا أو بطلانا من نوع خاص . ونحن نؤيد الدكتور شفيق شحاتة فى رأيه هذا للأسباب التى أوردها ولأسباب أخرى ليس هنا محل الإفاضة فيها . ولا حجة لدينا فى وصف المشرع لهذه التصرفات بأنها باطلة لأن القاعدة فى نظرنا هى أن وضع الحكم من عمل المشرع يجب الالتزام به ، أما وصف الحكم فهو عمل الفقيه أو القاضى وإذا تدخل المشرع وقام به لم يكن فى ذلك ما يقيد الفقيه والقاضى .

(١ — ترجمة) م ١٠٨ . إذا أبرم القاصر عقدا دون موافقة نائبه القانونى المستلزمة ، فتتوقف صحة العقد على إقرار النائب . م ١٧٧ : إذا أبرم شخص عقدا باسم شخص آخر دون (أن تكون له) سلطة النيابة ، توقفت صحة العقد لصالح أو ضد المنوب عنه على إقراره .

م ١٣٩٦ : إذا أجرت المرأة عمل تصرف خلال عقد دون موافقة الزوج فى الأموال التى أحضرتها معها ، توقفت صحة العقد على إقرار الزوج

كامل الصحة ، تعيين مضمون الالتزام من جانب شخص ثالث (المواد ٣١٩ ، ٢١٥٦) أورد شيء (م ٣٥٤) أو الإعلان إلى شخص ثالث (م ١٢٨٠) أو يصبح الالتزام ممكنا (م ٣٠٨ ، ٢١٧١)[١]. أو تحقق شرط أو حلول أجل افتتاحي (م ١٥٨ ، ١٠٣) .

ونفرق فى هذا الشأن بين حكم التصرف بعد انتهاء التعليق وأثناء التعليق .

١ — بعد انتهاء الوقف :

لما كان سبب عدم الصحة هنا مستقرا فى التصرف نفسه ولا يمكن تصحيح التصرف بعد انتهاء الوقف على وجه سلبى بأى حال ، فإن التصرفات التى من هذا النوع تشبه التصرفات الباطلة إلى أكبر حد . فعدم الصحة ، وإن كان لم يقع إلا فيما بعد ، مستقر دائما فى ذات التصرف من بادىء الأمر ، ولم يتحقق بسبب عامل خارجى أولا حق . فالتصرف يشبه فى هذه الحالة التصرف الباطل ويجب أن يلقى نفس معاملته ، ولهذا تنطبق المادة ١٤٠ فى هذه الحالة كذلك[٢].

ولكن المحكمة العليا للدولة .RG [٣]. أبت الأخذ بالتحول فى هذه الحالة فى القضية التالية . كان المدعى عليه قد ارتهن (حيازة) من مدينه حقا ، وكان الرهن باطلا بسبب تخلف الإعلان الواجب طبقا للمادة ١٢٨٠ ، ثم وقع المدين فى الإفلاس ، ثم أحال الحق المرهون بعد موافقة مدير التفليسة إلى المدعى . ثم تنازع الطرفان حول من يخصه مبلغ الدين المودع من المدين الثالث . ونظرا لأن الإعلان أصبح لا يمكن استيفاؤه لأن المحيل — وهو وحده الذى كان يمكنه

---

(١) — ترجمة) م ١٢٨٠ : يصح رهن (حيازة) الحق ، الذى يكفى لنقله عقد الحوالة فقط إذا أعلنه الدائن إلى المدين فقط (قارن م ١١٢٣ مصرى) .

م ٣٠٨ : لا تعترض استحالة الالتزام صحة العقد إذا كان من الممكن أن ترتفع هذه الاستحالة وكان العقد قد أبرم لحالة ما يصبح الالتزام ممكنا .

(٢) Fischer ص ٢١ ، ٨٠ ، Bichmann ص ١٣ ، Siller ص ١٦١ ، Küntzel ص ١٧ ، Finger ص٤٧ ، Wieschell ص ٢٠ ، Schönwetter ص١٦ ، Enneccerus ص ٤٧٨ ، Michaelis ص ٥٦٧ ، v. Brasch .

(٣) RG 79/306 .

استيفاء الإعلان — لم يكن مستعدا لذلك ، فقد قامت حاله عدم صحة نهـــائية — وقد حكمت المحكمة العليا لميونيخ OLG. München باعتبارها محكمة استئناف لصالح المدعى عليه بتطبيق المادة ١٤٠ ورأت أن التصرف الجديد الذى كان يمكن أن يريده الطرفان لو علما بالبطلان هو حوالة أو توكيل بالقبض . ولكن المحكمة العليا للدولة لم تقر هذا بحجة أنه لا يوجد أدنى ما يبرر أن المشرع أراد فى المـادة ١٤٠ ، أن تفهم تحت التصرفات الباطلة تلك (التصرفات الموقوفة) كذلك(١).

ولا يمكن إقرار وجهة نظر المحكمة العليا للدولة هذه للأسباب التالية :

١ — فهى تقوم على الحجة القائلة بأن التحول جائز وروده على التصرفات الباطلة فقط لأن المادة ١٤٠ تكلمت عن البطلان فقط لا عن عدم الصحة (وهذا هو الاستدلال بطريق العكس argumentum e contrario) أى تقوم إذن على تفسير حرفى لنص المادة ١٤٠ من مجموعة القانون المدنى الألمانى . وقد سبق أن بينا أن الاستعمال اللغوى فى مجموعة القانون المدنى ليس دليلا قاطعا على أن المادة ١٤٠ لا تنطبق على حالات عدم الصحة . لهذا يجب ألا يكون التحول فى هذه الأحوال ممتنعا(٢).

٢ — طبقت المحكمة العليا للدولة .RG نفسها(٣) المـــادة ١٣٩ وهى تتكلم بدورها عن البطلان فقط ، على التصرفات الموقوفة كذلك . وهذا بدوره يجب أن يصح بالمثل بالنسبة للمادة ١٤٠ لأن التصرفات الموقوفة تكون بعد سقوط عنصر صحتها ، هى والتصرفات الباطلة سواء ، ولهذا تكون قابلة للتحول .

---

(١) يقره Warneyer ص ٢٥٤ ، Staudinger المادة ١٤٠ ، Leonhard ص ٤٥٣ الذى يضرب على أى حال مثل تحول تنبيه بإنهاء قرض بفائدة من جانب قاصر ، وهو لذلك باطل ، إلى إنذار متعلق بالدين الذى أنشأه الموصى قعلا قبل ذلك وهو على أى حال يقول أن ذلك لا يتفق مع طريقة القانون فى التعبير .

(٢) Gleim وكافة الكتاب الآخرين .

(٣) RG. 93/334 ، والمادة ١٣٩ هى الخاصة بالبطلان الجزئى (الإنقاص) انظر فيما بعد .

٣ — إن تشابه حالة المادة ١٢٨٠ مع حالة الإبطال ليس قويا إلا فى ظاهره فقط . ويلاحظ v. Brasch[1] على ذلك أن التصرف القابل للإبطال المقصود فى هذه الحالة ، هو هذا التصرف قبل الإبطال ، ولكن المقارنة لا يمكن أن تقوم بين مثل هذين التصرفين لأن كلا منهما من نوع مختلف تماما عن الآخر .

وفى هذا الشأن يقول Finger[2] . أنه بينما أن البطلان يكون قد أريد فى حالة الإبطال ، فإن الطرفين فى حالة رهن الحق قد لا يعلمان إطلاقا بضرورة الإعلان إلى المدين فلا يدخلان إذن حالة عدم صحة التصرف فى احتمالهما . وبذلك ينهار اعتراض المحكمة العليا للدولة ، من أن عدم الصحة يقع فى حالة المادة ١٢٨٠ بمقتضى ما تقرره إرادة أحد الطرفين تقريرا حرا . ولكن حيث يكون عدم الصحة قد أريد ، كما لو كان الإعلان قد ترك عمدا مثلا ، فإن التحول يكون ممتنعا[3] .

ونحن نقر هذا الرأى ، ونعتقد أن المادة ١٤٠ تنطبق فى هذه الحالة طبقا للقواعد السابق ذكرها ، وأن الاعتراض على التحول فى هذه الحالة لا يقوم على بحث الطبيعة القانونية الإيقاف ، وإنما على النظر فى توافر شرط آخر من شروط التحول هو الإرادة الفرضية للطرفين لو كانا يعلمان البطلان.

وهذه فى الحقيقة ، هى المسألة محل النزاع هنا .

٤ — ثم يرتفع الاعتراض بأنه فى حالة الوقف ، يكون من غير المتيقن ، ما إذا كان وقت انعقاد العقد أو وقت تحقق عدم الصحة بصفة نهائية ، هو الفيصل فى مسألة ما إذا كان الطرفان كانا يريدان تصرفا آخر لو علما بالبطلان . ولكن هذا الاعتراض ليس هو الآخر بالصحيح ، وذلك أن عدم الصحة فى حالة التصرف

---

(١) ص ٥٠ .
(٢) ص ٥٠ .
(٣) v. Brasch ص ٩٨ ، Finger ص ٤٨ ، Schönwetter ص ١٦ ، Küntzel ص ١٧ . وفى هذه الحالة لا تصادف وجهة نظر v. Tuhr (ج ٢ — ١ — ص ٢٨٨) محلا كذلك ، من أنه عند تخلف الإعلان طبقا للمادة ١٢٨٠ يكون التصرف لا باطلا وإنما غير كامل (أى ليس تصرفا قانونيا) فالإعلان هو شرط صحة ، وليس ركن وجود التصرف . ومع هذا فإن v. Tuhr نفسه يرى أن الرهن غير المعلن يصح باعتباره تفويضا بالقبض .

الموقوف مستقر فى ذات التصرف ، فهو مشوب منذ نشوئه بالعيب الذى يؤدى به فى نهاية الأمر إلى عدم الصحة بصفة نهائية . ولذلك فإن وقت نشوء التصرف هو وحده المعيار الفاصل فى مسألة الإرادة الإفتراضية للطرفين(١).

وعلى ذلك فالمادة ١٤٠ تسرى على التصرفات الموقوفة حالما ينتهى الإيقاف إلى عدم صحة نهائية(٢).

لهذا يتطلب كل من Finger و Fischer(٣) مراعاة إمكان أن يكون الطرفان يعلمان فى حالة الإيقاف سبب عدم الصحة . فإذا كانا قد أبرما التصرف مع علمهما هذا بل ورغم هذا العلم ، دون أن يحتاطا لحالة عدم الصحة ، فإنهما يتحملان المسئولية عن عدم الصحة هذا ، فذلك يبين أنهما إنما أرادا التصرف غير الصحيح فقط ، وأن تصرفا آخر لحالة البطلان لا يوافق نيتهما ، وبالتسليم بهذا القول يكون التحول ممتنعا(٤).

ويضيف Finger ص (٥١) إلى ذلك أنه فى الكثير من الأحوال يصعب تصور وجود الإرادة غير الحقيقية المتجهة إلى التصرف الثانى . ولكن إذا قام فى الحالة الفردية ما يبرر بصفة خاصة أن استبقاء الرهن باعتباره حوالة حق كان أفضل لدى المدين من عدم صحه التصرف بصفة كاملة ، فإن التحول يكون جائزا .

وتجرى فى هذا الاتجاه أحكام المحكمة العليا لكولمار OLG. Colmar(٥) والمحكمة العليا لكيل OLG. Kiel(٦) ضد وجهة نظر المحكمة العليا للدولة RG. ويؤيد الكتاب هذه الأحكام .

---

(١) Fischer ص ٢١ ، Schönwetter ص ١٨ ، Küntzel ص ١٨ ؛ Bichmann ص ١٤ .

(٢) Siller ص ١٦٣ يؤيد الحكم رغم أنه يجد أسبابه غير صائبة . فهو يعتقد أن الحكم فى الحالة المعروضة سليم . ولكن مع تحفظ هو أنه لا يعتبر قاعدة عامة لكل أنواع الإيقاف .

(٣) مشار إليهما أعلاه .

(٤) فمن يبرم مثلا عقدا مع قاصر ، يعلم عادة أن هذا العقد إنما يكتسب الصحة الكاملة بإجازة ممثله القانونى فقط ، ففى حالة المادة ١٠٨ يكاد يكون التحول غير متيسر لأن كل تصرف آخر سيكون موقوفا كذلك .

(٥) المجلة القانونية للالزاس واللورين : iur. Zeitschr. f. Elsass-Lothringen 40/101

(٦) Schleswig-Holst. Anzeiger 1921/219 .

فقد قضت محكمة Colmar بأن رهن رصيد فى صندوق التوفير وهو غير صحيح طبقا للمادة ١٢٨٠ يستبقى باعتباره إنشاء حق حبس على دفتر صندوق التوفير وتكون المادة ١٤٠ متطبقة .

وكان دفتر التوفير Sparkassenbuch قد سلم مصحوبا بإعلان أنه رهن (حيازة) . ولكن دفتر التوفير وهو مجرد سند قانونى للحق وليس حاملا له ، لا يمكن أن يكون محلا لحق رهن (حكم المحكمة العليا للدولة RG.51/86) . وقد اتجهت المحكمة إلى أن المقصود حقيقة كان هو رهن الرصيد الصادر عنه دفتر التوفير . ولكن لما كان الإعلان الواجب طبقا للمادة ١٢٨٠ وهو إعلان حوالة الحق إلى المدين قد تخلف هنا ، لهذا يكون التصرف موقوفا . ثم تقول المحكمة أن المقصود بإعطاء الدفتر لمن اكتسبه كان هو وجوب ضمان تأمين حقه ، وأن الغرض الاقتصادى المطلوب يمكن أن يتحقق عن طريق التحول ولو على وجه مشابه على الأقل . ولهذا يجب أن يصح حق الحبس على أساس المادة ١٤٠ ، كما لو كان قد اتفق عليه .

أما فى القضية التى حكمت فيها محكمة Kiel فكان سند الرهن (الحيازى) — على خلاف الحالة السابقة — قدرهن (حيازة) وكان المقصود فى الحقيقة هو رهن الحق فى استحقاق الأشياء المرهونة فعلا . ونظرا لعدم الإعلان طبقا للمادة ١٢٨٠ فلم ينشأ حق رهن (حيازى) لا على سند الرهن ولا على الأشياء المرهونة. وقد حولت المحكمة الرهن غير الصحيح إلى حق حبس على سند الرهن ، وبعد انقضائه (انقضاء الرهن الصادر عنه السند المرهون) على الأشياء المرهونة التى انقضى الرهن المرهون بالنسبة لها (١).

لهذا يجب التسليم بقابلية التصرفات الموقوفة للتحول ، لأن هذا يوافق كذلك مقتضيات التعامل . وفى هذين الحكمين كان التصرف بسبب تخلف الإعلان طبقا للمادة ١٢٨٠ موقوفا ولكن نظرا لأن العيب لم يعد من الممكن رفعه ، فقد انقلب الإيقاف إلى عدم صحة نهائية .

---

(١) الحكمان منشوران بالنص كذلك فى Schönwetter ص ١٧ ، Finger ص ٥١ .

ويأخذ v. Brasch كذلك بوجهة النظر القائلة بجواز تحول التصرفات الموقوفة. والفيصل فى نظره هو إمكان أن يكون التصرف الجديد صحيحا أو على الأقل، أقل عيوبا (من التصرف الباطل). إذ يجب الصدور عن أساس المصلحة فى الحالة الفردية، التى أدت إلى النتيجة القانونية القائمة، لا عن النتائج القانونية، إذ فى الحالة الأخيرة لا يكون الفرق بين التصرفات الموقوفة والتصرفات الباطلة بصفة نهائية، واضحا، لأن النظام القانونى إنما ينظم نفس النتيجة القانونية لتحقيق مصالح تختلف اختلافا كاملا. فمثلا إذا عقد قاصر، عقدا بدون إذن ممثله القانونى، وهو موقوف طبقا للمادة ١٠٨، فلا يوجد سبب قوى يمكن سياقه ليبرر لماذا يكون التحول غير ممكن إلى عقد آخر مشابه من حيث مضمونه أو من حيث نوعه، ويكون صحيحا طبقا للمادة ١١٠[1]، إذا ما توافرت كافة الشروط الموضوعية والذاتية المطلوبة لذلك.

كذلك يتحول عقد التوريث الصادر عن القاصر فيما يتعلق بما قرره (هذا العقد) من أعمال تصرف Verfügungen مضافة إلى الموت باعتبارها وصية قاصر رغم أن هذه (الوصية) تكون موقوفة، إلى تصرف إرادة أخيرة letztwillige Verfügung (أى وصية). وقد أقرت المحكمة العليا للدولة RG. 118/222 استبقاء عقد مزارعة pachtvertrag، كان يحتاج فيما يتعلق بجزء من مدة المزارعة إلى إجازة محكمة الوصاية، ولهذا كان باعتباره فى مجموعه وحدة مقصودة، موقوفا.

وكذلك إذا كان التصرف غير صحيح نهائيا بسبب أن أحد الطرفين كانت تنقصه سلطة التصرف Verfügungsmacht فإنه يتعين رعاية مصلحة كل من المتعاقدين وهى ممكن تحقيقها. فإذا أمكن ذلك أمكنه أيضا أن يستوفى شروط التحول ولا يقوم ما يعوق التحول إلى تصرف آخر[2].

(١ – ترجمة) م ١١٠، يعتبر العقد الذى أبرمه القاصر دون موافقة نائبه القانونى كما لو كان من بادىء الأمر صحيحا إذا كان القاصر قد أوفى بالتزامه التعاقدى بموارد وضعت تحت تصرفه لهذا الغرض أو ليتصرف فيها بمطلق حريته سواء من جانب نائبه القانونى أو من جانب شخص آخر بموافقة النائب القانونى.

(٢) v. Brasch فصل ٢٢.

٢ — أثناء الوقف :

من المقرر عموما أن التحول لا يكون ممكنا ، فى أثناء قيام التعليق وإلى أن يتحقق عدم الصحة بصفة نهائية . إذ يقوم هنا خطر كبير فى أن يتحول تصرف ، كان من الممكن أن يظل هو نفسه صحيحا . فعلى الطرفين انتظار ما إذا كان التصرف نفسه يصبح كامل الصحة بدلا من أن يكتفيا بتصرف آخر من الممكن أن تكون آثاره أضعف ، فيكون التحول حينئذ لا هو فى مقصود المتعاقدين ولا فى مصلحتهما ولا يتسق مع الاستقرار القانونى[١] .

وقد رفضت المحكمة العليا للدولة[٢] .RG تحول التصرف فى أثناء قيام الوقف : فقد قام غير صاحب حق برهن سند دين عقارى . وقد استبقت محكمة سله العليا OLG. Celle هذا الرهن الباطل باعتباره حق حبس ناشىء عن العقد الوارد على سند الدين العقارى .

ويلاحظ Schönwetter (ص ١٨) أن التصرف الثانى فى مثل هذه الحالة سوف يعانى نفس العيب . ولكن إذا أقر صاحب الحق التصرف غير الصحيح ، فتسرى المادة ١٤٠ فى هذه الحالة أيضاً .

ويعترض v. Brasch[٣] على وجهة النظر هذه ، ويرى أن التصرف يجب أن يكون فى فترة التعليق كذلك ، وإقرار الشخص الثالث لا زال متوقعا ، قابلا للتحول . إذ ليست العبرة بالاعتبار الفنى begrifflich من إمكان أن يصبح التصرف بسبب الإقرار اللاحق صحيحا فى الصورة المقصودة دون حاجة إلى تحول وأنه بذلك لا تقوم حالة « بطلان » بالمعنى المقصود فى المادة ١٤٠ . إذ أن أساس المصلحة يختلف تماما تبعا لما إذا كان المتعاقد الذى لا حق له فى التصرف يعلم أنه ليس له سلطة التصرف أو إذا ما كان على الإطلاق يعلم لحساب من يتعامل . وأما الاعتراض بأن التحول فى هذه الحالة لا يتفق مع الاستقرار القانونى ،

---

(١) Schönwetter ص ١٠ ، Finger ص ٤٧ ، Fischer ص ٢١ ، ص ٧٠ ، Bichmann ص ١٣ ، Wiechell ص ٢٠ ، Warneyer ص ٢٥٤ ، Lehmann ص ١٥٥ ، Enneccerus ج ١ ص ٨٤٧ .

(٢) JW. 1929/1969 = RG. 124/28 .

(٣) فصل ٢٢ .

فغير سليم . لأن التحول إنما يكون ممكنا فقط ، إذا كان الطرفان نفسهما يعتقدان أنهما يبرمان تصرفا كامل الصحة . أما عدم الاستقرار القانونى فلا يمكن أن ينشأ إلا إذا كانت الثقة فى شىء قائم فعلا قد تزعزعت بسبب أن محل هذه الثقة قد أزيل أو تغير بأثر رجعى عن طريق التحول . ومن عناصر الثقة ، العلم بالواقعة الأصلية وأثرها القانونى فإذا لم يقم هـــذا العلم فلا يمكن كذلك أن يتعرض الاستقرار القانونى للخطر . وإن القلقلة الناشئة بسبب عدم التأكد مما إذا كان التصرف سوف يصح فى صورته الأصلية أو فى الصورة التى تتحدد عن طريق التحول ، ليست أشد أثرا من تلك الواردة على صحة التصرف إطلاقا (أى أثناء الوقف وحتى انجلائه) . وعلى ذلك فليس ثمة ما يعترض به ضد تحول التصرفات الموقوفة حتى فى فترة الوقف ، إذا ما أجاز ذلك عامل المصلحة die Interessenlage فى الحالة الفردية (١) .

ثالثا : التصرف القابل للابطال

التصرف القابل للإبطال ، يكون قبل إبطاله مكتمل الصحة ولكنه يفقد بإعلان الإبطال صحته هذه بأثر رجعى ex tunc ونبحث قابليته للتحول بعد أن يتحقق الإبطال ثم قبل استعمال حق الإبطال .

١ — بعد الإبطال :

إذا أبطل التصرف القابل للإبطال ، أصبح فاقد الأثر من بادىء الأمر وشابه التصرف الباطل وتعين أن يعامل مثله تماما . ولهذا يجيز الفقه عامة سريان التحول على مثل هذه التصرفات(٢) .

---

(١) فى هذا المعنى Ermann-Westermann المادة ١٤٠ ملحوظة ٣ .

(٢) Fischer ص ١٦ ، Küntzel ص ٢٨ ، Finger ص ٦٠ ، Bichmann ص ١٣ ، Hölder م ١٤٢ ، Enneccerus ص ٨٧٤ ، Planck م ١٤٠ ، Cosack ص ١٥٩ ، Kipp جـ ١ ص ٨٦٩ ، Rutenbeck ص ١٢ ، Crome ص ٣٥٨ ، Müller-Meickel جـ ١ فصل ٥١ ، Biermann جـ ١ ص ١٩٨ . Riezler ص ٥٤٦ ، Neumann م ٤٠ ، Weil ص ٦٥ ، Schönwetter ص ١٨ ، v. Brasch ص ١١١ ، Michaelis ص ٥٦٧ ، Warneyer ص ٢٥٤ ، Leonhard ص ٤٥٢ الذى يرى التطبيق على سبيل القياس .

ويقرر كثير من الكتاب فى هذا الصدد تحفظا ، من باب الحذر ، مقتضاه أنه فى هذه الحالة كثيرا ما يتعثر التحول بسبب عدم موافقته الإرادة الفرضية للمتعاقدين أو لأحدهما . فيتعين عند استكشاف الإرادة الفرضية اتخاذ حيطة خاصة بصدد عامل مصلحة الطرفين الذى قد يؤدى إلى رفض التحول(١) .

ومع ذلك ثمة عدة اعتراضات ترتفع ضد إجراء التحول فى هذه(٢) الحالة .

١ — يبين من أبطل التصرف بإعلانه الإبطال ، أنه لا يرضى عن غرض التصرف الذى أبطل أو عن آثاره . ويترتب على ذلك حتما أنه لا يريد التصرف الثانى . ويضرب Rutenbeck (ص ٦٢) المثل التالى : كان المورث قد أبرم مدفوعا بإكراه غير شرعى ، عقد توريث ثم أبطله . فحتى لو وافق عقد التوريث عناصر الوصية فلا محل للتحول رغم ذلك . إذ أنه لا يمكن بسبب إعلان الإبطال ، افتراض أن صحة الوصية كانت تراد .

ويرد على ذلك بأن الأمر فى التحول يتوقف على وقت إنشاء التصرف فقط (راجع حكم المحكمة العليا للدولة .RG فى JW.1927/1531) ويتعين عند الكشف عن الإرادة الفرضية ، غض النظر عن كل الوقائع أو تعبيرات الإرادة W. äusserungen التى تقع فى وقت لاحق على ذلك . أما الإرادة المعادية للتصرف المعقود والتى تجد فى الإبطال تعبيرا عنها ، فلا يمكن أن يكون لها قيمة إلا باعتبارها علامة Indiz على اتجاه إرادة سابق ، ولكن ليس باعتبارها عنصرا حاسما فى ذلك(٣) .

٢ — ويعترض Finger (ص ٦١) على تطبيق التحول على الإبطال بسبب التدليس أو الإكراه والتهديد ، بأن مبطل التصرف ما كان ليبرم أى تصرف على الإطلاق لو لم يدفعه إلى ذلك التدليس . . . . الخ ، إذ لا يرغب أحد

---

(١) Schönwetter ص ٢٠ .

(٢) Lehmann ص ١٥٥ ، Staudinger مادة ١٤٠ ،

(٣) Schönwetter ص ١٩ ، Bichmann ص ٢٤ Michaelis ص ٠٦٧ ، رغم أن عدم الصحة ناشىء عن إرادة حرة لأحد الطرفين ، فإن التحول لا يكون ممتنعا إذا كان الطرفان فى وقت إبرام العقد ، وعليه يتوقف كل شىء ، كانا يريدان تصرفا آخر ، فى حالة ما لو كانا قد علما بإمكان وقوع عدم صحة التصرف الذى كان تحت نظرهما .

فى التعاقد مع مدلس أومكره ، فضلا على أن إرادته تعترض التحول على أى حال .

ونلاحظ على هذا أن الزعم بأنه لا يوجد من يريد أن يتعاقد مع مدلس ... الخ ، لا يمكن أن يصدق إذا كان التدليس ... الخ صادرا عن شخص ثالث ليس طرفا فى العقد . فى هذه الحالة يكون التصرف قابلا للإبطال ولا يقف هذا النظر دون إجراء التحول .

وينقد Schönwetter (٢٠) وجهة نظر Finger السابقة ، ويقول أن هناك حالات يكون فيها من أبطل التصرف قد أراد أن يعقد مع الطرف الآخر عقدا معينا ، ولكنه دفع بسبب التهديد إلى اختيار التصرف الذى أبطل بالذات ، رغم أنه كانت هناك عدة تصرفات مشابهة فى النوع تحت النظر أثناء المفاوضات ، فلا يقوم إذن أى اعتراض على أن يتحول التصرف الذى أبطل إلى التصرف الذى كان فى الواقع قد أريد . فمثلا إذا كان (أ) قد أراد أن يشترى من ب دارا معينة أو أن يبرم عقد استغلال[1] Pachtvertrag لمدة طويلة متعلقا بها ؛ ولكنه دفع بسبب التدليس إلى إبرام عقد البيع ، فيجب أن يكون تحول التصرف الذى أبطل ممكنا . ومن البدهى ، والأمر يتناول عادة عقودا ، أنه يجب فحص تراضى إرادتى الطرفين . أما إذا تخلف هذا العنصر فقد تعثر التحول إذن .

ويرد Finger على ذلك بأن الاعتراض بأن المدلس عليه قد أراد التصرف الآخر حقيقة ، لا يقوم على أساس ؛ إذ العبرة بما لو أنه كان يريده لو كان قد علم بالتدليس . الخ .

ونرى أن اعتراض Finger هذا لا يستند إلى طبيعة التصرف القابل للإبطال ذاته وإنما يستند إلى توافر عنصر الإرادة المطلوب لإجراء التحول ، وهذا يتضح من عبارات Finger نفسها ومن الحجج الدائرة فى النقاش ، فهى تدور جميعها حول توافر هذه الإرادة لا حول صلاحية التصرف القابل للإبطال ذاته

(١ — ترجمة) عقد الاستغلال Pachtvertrag لا يقتصر على الاستغلال الزراعى فقط بل يمتد فى الفقه والقانون الألمانى إلى سائر أنواع الاستغلال من زراعى وتجارى وصناعى ، ولهذا لا يمكن أن نترجم هذا الاصطلاح بعقد المزارعة . والمثل الوارد فى المتن يوضح ذلك . وإن كنا قد ترجمناه فيما سبق بالمزارعة إذ كانت الحالة خاصة بمزارعة حقيقية .

التحول . لهذا نرى أن هذا الاعتراض وإن أمكن إثارته عند بحث عنصر الإرادة فلا يجوز أن يقوم عند النظر فى صلاحية التصرف القابل للإبطال فى ذاته ومن الناحية الفنية فقط للتحول .

٣ — ثم يقول Finger أنه يستخلص من المادة ١١٩(١) أن الإبطال يتجه إلى إعلان الإرادة فيعدمه إذا كان الطعن بالإبطال قائما على أساس . إذ يترتب على ذلك حتما أن التصرف الذى كان حتى ذلك الوقت صحيحا يصبح منعدما . فالإبطال المنتج يهدم عنصرا جوهريا من عناصر التصرف القانونى ، وبهذا ينهار أساس إجراء التحول وهو وجود تصرف باطل ، إذ لا يوجد بعد ذلك أى تصرف قائم(٢) .

ولكن هذا غير صحيح فى الواقع ، وذلك أن البطلان نفسه يعدم كذلك إعلان الإرادة ، ولهذا بالذات يقع التحول لينقذ التصرف من هذا الفناء الكامل، فهذا الاعتراض يفنده الغرض التشريعى للمادة ١٤٠ . فالمادة ١٤٠ إنما تقدم العون للطرفين اللذين يستهدفان تحقيق غرض عملى محدد ، ولم يجدا الطريق القانونى السليم لذلك . فالأمر لا يتوقف إذن على بحث ما إذا كان إعلان الإرادة المعيب سوف ينهار بسبب الإبطال أم لا ، إذ أن التصرف الآخر مستقر فعلا فى باطن التصرف القابل للإبطال ، والذى ينظر إليه القانون من حيث الظاهر باعتباره صحيحا ، والذى لا يزال إعلان الإرادة ، من الناحية النظرية ، قائما فيه؛ فالتصرف الآخر الصحيح هو فى الواقع منطو فى التصرف القابل للإبطال ، ولكن طالما أن الإبطال لم يتقرر بعد على وجه إيجابى ، فإنه يكون عديم الأثر قانونا . أما إعلان الإرادة المعيب فلن ينهار إطلاقا قبل أن ينشأ التصرف الآخر .

وقد أقر Manigk (ص ٢٩٤) نفسه هذا حيث يقول أن التصرف القابل للإبطال يتضمن إعلان إرادة صحيح طبقا للقانون . ومن ناحية أخرى فإن التصرف القابل للإبطال ليس كامل الصحة ولكنه معيب، فيمكنه إذن أن يتضمن جوهر تصرف ثان صحيح . وإن إعمال هذا التصرف الصحيح المتضمن من بادىء الأمر فى التصرف المعيب ، يتم فى نفس وقت إعمال عدم صحة التصرف الأصلى(٣).

(١ — ترجمة) هى المادة الخاصة بالإبطال بسبب الغلط وتليها المواد الخاصة بالإبطال بسبب التدليس والإكراه . ثم المسئولية عن الإبطال فى حدود المصلحة السلبية

(٢) Finger السابق ، قارن Siller ص ١٥٩ ، Manigk ص ٢٩٨ .

(٣) v. Brasch ص ١١٤ .

٤ — ولكن Finger (ص ٦١) يعترض بعد ذلك بأن الأثر الرجعى للبطلان ex tunc فى التصرفات القابلة للإبطال والتى أبطلت(١) ليس إلا تصوراً ، وهو فى ذاته ليس بالعنصر الحاسم . فالتصرفات المعلقة على شرط واقف ، هى بعد تخلف الشرط والباطلة أصلا سواء ، ورغم ذلك فإن المادة ١٤٠ لا يمكن أن تنطبق عليها .

ولكن ما فات Fingr هو أن بين هذين النوعين من التصرفات فارقا كبيرا . فالتصرف المعلق على شرط واقف إنما أريد فى حالة تحقق الشرط فقط . فمقتضى إرادتى الطرفين المتوافقين أن آثار التصرف تكون مقصودة فى حالة تحقق الشرط فقط ، وإذا تخلف الشرط فإن تلك الآثار لا تكون قد أريدت على الإطلاق . وبذلك يقوم بينهما فارق على الأقل هو أن التصرف الباطل قد أراده الطرفان حقيقة ولكنه غير صحيح قانونا ، بينما التصرف المعلق على شرط واقف يكون ، عند تخلف الشرط ، لم يرد أصلا .

وقد رفضت المحكمة العليا للدولة (RG. 79/306) التحول فى هذه الحالة بمقولة أن التحول لا يتفق مع نص المادة ١١٩ وما بعدها من مواد .

ولكن هذا الحكم يناقضه حكم آخر لنفس المحكمة (RG. 62/186) تمسك بتطبيق المادة ١٣٩ بعد مراعاة صريح نص المادة ١٤٢ ، على التصرفات التى أبطلت جزئيا رغم أن المادة ١٣٩ تتكلم كالمادة ١٤٠ عن البطلان فقط(٢) .

وقد نقد Finger نفسه الحكم الأول(٣) بشدة بصدد التصرفات الموقوفة إلا أنه يقره بصدد الإبطال . فيقول (ص ٦١) أن هذه الحالة تختلف اختلافا كبيرا عن المادة ١٣٩ ، ففى المادة ١٣٩ يظل قائما ذلك الجزء من التصرف فقط الذى لم يمسه الإبطال ، وعلى خلاف ذلك فى المادة ١٤٠ حيث يجب أن يستبقى هذا التصرف ذاته الباطل بسبب إعلان الإبطال باعتباره تصرفا آخر وحتى من نفس النوع على قدر الإمكان ، وهذا يبدو مستحيلا .

أما فيم يقوم القول بهذه الإستحالة وكيف يتبرر ، فلا يبين Finger ذلك بجلاء .

(١ — ترجمة) م ١٤٢ : إذا أبطل تصرف قابل للابطال ، فيجب النظر إليه باعتباره باطلا من أول الأمر .

(٢) قارن كذلك Küntzel ص ٢٨ .

(٣) RG. 79/306

فسواء كان التصرف قد أبطل فى مجموعه أو فى جزئه فقط ، فلا يقوم ذلك فارقا على الإطلاق ، وإذا توافرت كافة شروط المادة ١٤٠ ، فلا يوجد ثمة اعتراض جدى ضد التحول . ولكن يجب التسليم بأنه قد تقوم صعوبات عديدة عند استكشاف الإرادة الفرضية ، وقد يكون من الممكن أن يتعثر التحول بسبب تلك الصعوبات عند تحديد الإرادة الفرضية . ولكن يجب من ناحية أخرى ، تقرير أن كشف هذه الإرادة لا يتوقف على الإرادة الحالية للمبطل أو حتى للطرفين معا كذلك . وفى كثير من الأحوال يكون صاحب الحق فى الإبطال شخص لم يشترك فى التصرف ، ففى هذه الحالة لا تعترض هذه الصعوبات طريق التحول إطلاقا . وعلى أى حال فلو تعثر التصرف الذى أبطل ، عند التحقق من الإرادة فى الحالة الفردية ، فلا شأن لذلك بجوهر الإبطال ، ولا يمكن بسبب ذلك وحده الزعم كقاعدة عامة بأن التصرف الذى أبطل غير قابل للتحول . فذلك قد يقع أيضا للتصرفات الباطلة والتصرفات الأخرى كذلك ، ولا يقف عقبة فى طريق التحول .

فمن الواجب دائما فى كل حالة فردية ، التثبت مما إذا كانت عناصر التحول الأخرى متوافرة أم لا ، فإذا توافرت هذه فلا يقوم أى اعتراض على تحول التصرفات القابلة للإبطال والتى أبطلت . حقيقة أنه يجب فى هذا الشأن مراعاة المادة ٢٤٢ التى تحمى الثقة والإعتقاد(١) Treu und Glauben والمادة ١١٩ وما بعدها من مواد التى نظمت حماية المصالح المقابلة لحق الإبطال . فهذه المصالح سوف تصبح فى حالة الإبطال المنتج غير محمية إطلاقا ، لأن التصرف سوف ينظر إليه طبقا للمادة ١٤٢ باعتباره باطلا من بادىء الأمر . لذلك لن يفترق عامل المصلحة إذن ، فى هذه الحدود إطلاقا ، عن أساس المصلحة فى كل تصرف باطل آخر . ولهذا يمكن أيضا من وجهة النظر هذه أن يتحول تصرف أصبح بسبب الإبطال باطلا ، دون مساس بالمصالح الجديرة بالحماية (كذلك v. Brasch ص ١١١) .

ويلاحظ Pringsheim(٢) أنه إذا ما رفض الأخذ بتحول التصرف القابل للإبطال والذى أبطل ، فإنه عند إبطال عمل تصرف (Verfügung) بسبب

(١ — ترجمة) م ٢٤٢ : يلتزم المدين بأن يقوم بالالتزام كما تقضى بذلك الثقة والاعتقاد مع مراعاة عادات التعامل .

(٢) JW. 1925/360 .

الموت (١) ، فلن يمكن أن يلحقه إعلان من المورث إطلاقا . وإن التحول معترف به فى هذه الحالة عامة من جميع الفقهاء بما فيهم خصومه . فالتحول يزيل النتائج غير العادلة الناشئة عن استعمال حق الإبطال على وجه مخالف للثقة والإعتقاد .

وهنا يجب علينا أن نشير إلى المثل الشهير الخاص بنبيذ البورتو Portwein (جرادنقتس Gradenwitz ص ٣) : وصف الطبيب للمريض نبيذ البورتو فتعاقد هذا غلطا على شيرى Sherry ثم أبطله طبقا للمادة ١١٦ ف ١ من مجموعة القانون المدنى . ولكنه رفض عرض تاجر النبيذ أن يورد له بورتو لأن مخزن خمور عمه أصبح موضوعا تحت تصرفه . فاستند تاجر الخمور إثر ذلك ، إلى وقوع تحول إلى عقد محله البورتو . ويمكنه أن يثبت أن إرادة الطرفين كانت تتجه عند العلم بالبطلان إلى إبرام مثل هذا العقد . فإرادة المريض الحقيقية المعلنة ، تتضح من الإبطال ، أما إرادته هو الفرضية ، فيثبت أن الأمر بالنسبة له باعتباره تاجرا ، سواء فى أن يورد بورتو أو شيرى . وإن العناصر الخارجية الضرورية لتحقيق هذه الإرادة فى صورة عقد بيع ، وهى إعلانات الطرفين المتبادلة والمتوافقة ، متوافرة ، وآثار التحول فى هذه الحال ليست على الإطلاق غير مرضية ، فإمكان التحرر الكامل من العقد هو هنا بالنسبة لمن وقع فى الغلط غير منتظر إطلاقا ولا مستحق .

ولكن من الممكن هنا أيضا ، أن يكون المريض قد أبطل التصرف لأنه كان يريد بورتو ويطلب تاجر النبيذ التعويض عن المصلحة السلبية فقط لأن مخزونه من البورتو كان فى أثناء ذلك قد نفذ ، ويتمسك المريض على عكس ذلك بالتحول إلى عقد محله بورتو يثبت فيه أن تاجر الخمور فى وقت إبرام العقد كان يبيع له بكل سرور بورتو أو شيرى على السواء .

والتحول هنا يعنى إنفاذ الغرض المقصود من التصرف وغير المعلن : وهو بالنسبة للمريض الحصول على نبيذ قوى وبالنسبة للتاجر ترويج البضاعة . والبيع المعلن والوارد على شيرى هو من الناحية الإقتصادية شىء آخر تماما غير بيع البورتو . وإعلان الغرض المراد اقتصاديا ، من حيث المضمون ، يتقيد كما يؤكد

---

(١) عمل التصرف بسبب الموت هو الصادر بالنظر إلى الموت أى هو عمل الإرادة الأخيرة ومثله الوصية وعقد التوريث .

دائما ، بمصلحة الطرف الآخر فى مثل هذا الإعلان . وهذه المصلحة يجب أن تقوم فى وقت إبرام العقد فى جانب الطرف الذى سيعمل التحول فيما بعد فى مواجهته ، ومن الممكن فى التصرفات التى تجرى مع طرف آخر أو فى مواجهته أن تنتفى فى حالة واحدة فقط وذلك إذا كان الطرف محل الأمر هنا قد اعتمد أو كان من الواجب أن يعتمد ، — دون إعلان عند إبرام التصرف الباطل ، على الغرض الخاص الذى يتقرر إعماله عن طريق التحول . ولهذا يكون التحول الذى يتمسك به المريض واجب الرفض ، لأن تاجر الخمور لم يكن فى حاجة إلى أن يدخل فى حسابه عند طلب الشيرى أنه قد يتحمل المطالبة بتوريد بورتو . وعلى عكس ذلك فإن التحول المطلوب إعماله ضد المريض يمكن تبريره . فإرادة البورتو ليست فى الحقيقة معلنة ، ولكن مصلحته فى إخطار خاص بالإرادة يجب إنكارها عليه ، إذ أنه من ناحيته ، قد أصدر هو نفسه الإعلان الذى أبطل ، فلا يتقيد إذن بالعلم بالمظاهر الخارجية التى يمكن لمسها ، ومن ناحية أخرى فهو الذى استهدف بالذات تحقيق الغرض الذى يتقرر إعماله عن طريق التحول ، فالتحول يوافق إرادته هو الخاصة . لهذا يجب ، فى هذه الحالة ، صرف النظر عن إعلان المضمون . ولا يمكن الاعتراض كما فعل Finger(١) بأنه لما كان المبطل ، لا يريد التصرف الأصلى فلا يستطيع الطرف الآخر ، الذى لم يعلم بالغلط أن يلزمه بالارتباط حتى ولا على أساس المادة ١٤٠ . إذ لا يمكن فى إعمال المادة ١٤٠ إجراء تفرقة على أساس من يتمسك بالتحول . فإذا استحال التحول إذا كان من يجرى ضده الإبطال لا يريد التصرف الجديد ، فلا يمكن كذلك أن يكون جائزا ، إذا كان المبطل لا يريده بعد ذلك . ولكن المبطل الذى ساق البطلان بإبطاله ، يجب بالطبع أن يتحمل النتائج طبقا للمادة ١٢٢ . وإن التحول يناقض هذا الحق فى الإبطال ، ولهذا تكون المادة ١٤٠ غير ممكنة التطبيق .

أما هذا الفارق الذى ينكره Finger هنا فيقوم فى أن التصرف الوارد على البورتو ، رغم أنه يوافق الإرادة الحقيقية للطرفين ، فإنه لا يكتسب الصحة على أساس هذه الإرادة . فالإبطال يعدم التصرف الوارد على شيرى حتى أنه لا يقوم بعد ذلك أى شىء (أى تصرف) إطلاقا . فإذا تحقق التصرف الآخر على أساس

---

(١) Finger ص ٦٣ — ٦٤ ، وقارن كذلك Küntzel ص ٣٣ وما بعدها .

الإرادة الحقيقية فإن هذا ليس على الإطلاق تحولا ، وإنما هو إعادة إنشاء العقد المطلوب ، فيقوم هنا عقــد جديد تماما ، لا علاقة له بذلك الذى أبطل . أما التصرف الآخر فى المثل المعروض عاليه ، فإنه ينشأ لا على أساس الإرادة الحقيقية وإنما على أساس التصرف الذى أبطل . وأما إرادة الغرض Erfolgswille الباطلة فى هذا التصرف فسوف تستبدل فى التصرف الجديد عن طريق المادة ١٤٠ . فإرادة الطرفين ببيع البورتو عند العلم بتعيب البيع الوارد على شيرى والذى أبطل سوف تتكشف عن طريق دعوى الإبطال والظروف المختلفة المقارنة للعقد الأول ، فالإرادة ستوجد فى العقد الجديد عن طريق التحول لأنهـا توافق لا الإرادة المعلنة فى العقـد الأصلى ، وإنما إرادة الطرفين لو كانا قد علمـا بالغلط (١) .

وفى الختام يمكننا القول بأن التصرف القابل للإبطال والذى أبطل هو تصرف قابل للتحول . فالطبيعة القانونية لقابلية الإبطال لا تقف عقبه فى طريق التحول . ولـكن يجب مراعاة أن هذا الإبطال قد يتعارض فى بعض حالات فردية مع شرط من شروط التحول وهو الإرادة . فقد يكون من الممكن ألا يتوافر هذا

---

(١) من المهم هنا إيراد ملاحظة Wiechell ص ٩٣ فى هذا الصدد : فى حالة الإبطال بسبب الغلط تتوجه الإرادة الباطنة لمن وقع فى الغلط إلى شىء واقعى محدد ، تصوره وقصد إليه ولـكنه لم يعلنه باعتباره قد أراده . ولا يمكن على هذا الأساس إقامة البحث عن الإرادة الفرضية للتصرف الآخر (كذلك أيضا Henle, Lehrb. § 33 III. 9) ولـكن لا يجوز أن يستنتج من ذلك (كما فعل Henle) أن المادة ١٤٠ لا تشمل فى مجالها عدم الصحة الناشئة عن عيوب الإرادة . فإذا كان التحول تكفى فيه إرادة فرضية ، فإن وجود إرادة موجودة حقيقة بصدده ، يعد بالمثل حججا قوية . فصاحب الحق فى الإبطال يسلم بإعلانه الإبطال ، أن إرادته الباطنة كانت عند إبرام العقد تتجه إلى التصرف الآخر أما الطرف الآخر فيمكنه فى الـكثير جدا من الأحوال أن يبين أن الأمر بالنسبة له كان على الأقل سواء ، أن يبرم معه بدلا من التصرف القابل للابطال ذلك التصرف الذى أراده صاحب الحق فى الإبطال حقيقة لإرادة باطنية . ويمكن أن يرتب على ذلك دون غلط قانونى (كذلك بالنسبة لإرادته الحالية أيضا) أنه كان يريد التصرف الآخر، ولـكن دون شك ليس على أساس إرادته الفرضية اللازمة كأساس لإجازة التحول . فالضابط فى التحول هو الغرض (النتيجة) العملى المقارب أو المماثل . فهذا (الغرض) يجب ألا يكون فارقا كبيرا بين التصرفين . لهذا فإن التحول يكون جائزا فى المثل الذى ضربه Küntzel (ص ٣٣) : مريض يريد طلب ١٥ زجاجة بورتو فيطلب ناسيا ٥٠ زجاجة ، ثم يبطل العقد ، فإذا تمسك تاجر الخمور بالتحول الى عقد بيع وارد على ١٥ زجاجة ، يكون ذلك جائزا .

الشرط فى تلك الحالات الفردية للإبطال ، فلا يقع إذن أى تحول . ولكن التحول لا يتم هنا ، لا بسبب الإبطال ولكن بسبب تخلف عنصر من عناصره الهامة ، وهو الإرادة . وهذا يمكن أن يحدث لا فى حالة الإبطال فقط ، بل فى كل حالة أخرى من حالات التحول ، حتى فى التصرفات الباطلة نفسها .

٢ — قبل الإبطال :

فى هذه الحالة يكون التصرف طبقا للمادة ١٤٢ صحيحا ولكن مشوبا بالعيب ، فالتصرف هنا يجب اعتباره صحيحا ، لهذا يجب الإقرار بأن التحول فى مثل هذه الأحوال يكون ممتنعا ، لأن التحول إنما يرد على التصرفات الباطلة فقط لا على التصرفات الصحيحة أبدا(١) .

ويذهب Voss (ص ٤٣) إلى صلاحية التصرفات القابلة للإبطال — حتى قبل إبطالها — للتحول ، ويزعم أن تحول التصرفات القابلة للإبطال يكون ذا أهمية ، فى الحالة التى تنقضى فيها المدة المقررة للإبطال (دون استعمال لحق الإبطال) ، . ولكن يرد على ذلك بحق(٢) أنه إذا انقضت هذه المدة دون ممارسة حق الإبطال فيصبح التصرف كامل الصحة وبذلك ينغلق كل إمكان للتحول كلية .

ويدافع Bichmann (٣) عن قابلية التصرف القابل للإبطال ، قبل إبطاله ، للتحول ، إذ يكون هنا « موقف قلقلة كبير يصعب احتماله » ولتجنب هذه القلقلة التى لا تحتمل يجب إجازة إمكان التحول . وعلى أى حال فإنه يقيم فى الحال تحفظا مقتضاه أن عنصرا داخليا هو « الإرادة » ذو أهمية كبيرة جدا فى حالة الإبطال .

ولكن لما كان الأمر يتناول هنا تصرفا لا زال صحيحا ، فإن التحول يكاد يكون فى غير مصلحة أى من الطرفين . وإن عامل مصلحة الطرفين هذا(٤) يستحق

---

(١) Weil ص ٦٥ Schönwetter ص ١٨ ، Finger ص ٦٠ ، Siller ص ١٥٩ ، Enneccerus بند ٢٠٢ خامسا والملاحظة ٦٢ ص ٨٧٤ ، Wiechell ص ١٨ .

(٢) Fischer ص ٦٧ ، Brasch ص ١١٣ .

(٣) ص ٣ ، ١٤ .

(٤) كما يلاحظ Schönwetter (ص ١٩) بحق .

اهتماما أشد من استقرار المعاملات المزعوم . إذ تكاد مصالح الشخص الثالث لا تتأثر من الشك القائم مؤقتا حول وقوع بطلان التصرف القابل للإبطال . وقد رفضت المحكمة العليا للدولة (RG. 79/306) تحول مثل هذا التصرف ، وقد تبعها فى ذلك الفقه أجمعه .

وحتى v. Brasch (١) الذى يدافع عن المصلحة وحدها باعتبارها فيصل التحول ويتخذها نقطة البدء فى بحثه فيسلم بأن التحول هنا يتعارض مع قيمة الحكم الذى تتضمنه المادة ١١٩ من أن التصرف يصح فى صورته الأصلية طالما أنه لم يبطل بعد . وهولهذا يرفض التحول فى هذه الحالة رغم أنه يعتقد أن التحول يكون هنا فى حد ذاته جائزا .

ونحن نرى أنه طالما أن حق الإبطال ، لم يعمل بعد ، فإن التصرف يظل صحيحا طبقا للمادة ١٤٢ ولهذا يكون التحول منغلقا .

مجموعتا القانون المدنى الإيطالى والمجرى :

تتكلم المادة ١٤٠١ من مجموعة القانون المدنى المجرى والمادة ١٤٢٤ من مجموعة القانون المدنى الإيطالى مثل المادة ١٤٠ من مجموعة القانون المدنى الألمانى عن تحول التصرفات الباطلة فقط . ولهذا فإن الموقف فيها هو نفسه كما فى القانون المدنى الألمانى . ويرفض الكتاب الإيطاليون التحول فى التصرفات القابلة للإبطال والتى لم يتم إبطالها بعد . ويسرى هذا كذلك إذا انقضت المدة المقررة للإبطال دون إعمال حق الإبطال . ومن الناحية الأخرى فمن المقرر سريان التحول على التصرفات القابلة للإبطال والتى أبطلت فعلا (٢) .

ويسود نفس الموقف فى الفقه والقضاء المجريين .

مجموعة القانون المصرى :

تتكلم المادة ١٤٤ من مجموعة القانون المدنى المصرى ، على عكس جميع النظم القانونية التى قننت التحول ، عن تحول التصرفات الباطلة والقابلة للإبطال .

---

(١) ص ١١٢ .

(٢) Mosco ص ٣٦٧ و Betti ص ٥٠٦ .

وعلى ذلك فهنا يكون التصرف القابل للإبطال والذى أبطل فعلا قابلا دون شك للتحول . وكذلك يجب أن يكون التصرف القابل للإبطال ولكن لم يبطل بعد ، قابلا أيضا للتحول . ولكن يجب أن تراعى فى ذلك عناصر التحول الأخرى وخاصة الإرادة (١) .

فضلا عن أنه لو اعتبرنا التصرف القابل للإبطال فى القانون المصرى تصرفا صحيحا قابلا للإبطال كما هو الأمر فى الفقه الألمانى والإيطالى ، وليس تصرفا باطلا قابلا لاكتساب الصحة عن طريق الإجازة كما هو الأمر فى الفقه السويسرى ، فإن التصرف يكون قبل الإبطال صحيحا ويكون التحول بمقتضى صريح النص ممتنعا ، إذ أن التصرف الصحيح لا يكون قابلا للتحول . وبهذا يتقيد نص المادة ١٤٤ بالنصوص الأخرى ويكون المقصود من وصف «قابل للإبطال» الوارد فى هذه المادة ، هو ذلك التصرف بعد أن يتحقق إبطاله . أما الأخذ بالنظرية العكسية فيؤدى إلى أن يكون التصرف بادىء الأمر باطلا ولكن قابلا للإجازة ، وبهذا يكون قابلا للتحول من بادىء الأمر ، ولا يؤثر احتمال الإجازة على صلاحية التحول ، إلا أنه إذا كانت الإجازة واقعة بلا ريب ، فيكون الموقف هنا هو نفس الموقف فى التصرفات الموقوفة كما بينا ويتعين بسبب عنصر الإرادة استبعاد التحول .

أما رأينا فى هذا الشأن ، فهو أن القانون المصرى يأخذ باعتبار التصرف القابل للإبطال صحيحا إلى أن يتم إبطاله ، وأن الإجازه ليست تصحيحاً لعقد باطل وإنما هى تنازل عن حق التمسك بالإبطال . ويؤيدنا فى ذلك لغة المشرع نفسه ، إذ عدل عن التعبير القديم وهو البطلان النسبى ، الذى كان يفيد اعتبار التصرف باطلا إلى أن تصححه الإجازة ، إلى تعبير القابل للإبطال وهو يفيد أن التصرف صحيح قائم ولكنه قد يبطل إذا استعمل حق الإبطال ، فهو صحيح قابل للإبطال ، وهذه ليست حجتنا الوحيدة طبعا ، وإنما ليس هذا مقام جدل فى هذا الصدد .

رابعا : التصرف غير الصحيح نسبيا

إن نسبية عدم الصحة سواء من ناحية الشخص أو الشىء لا تقوم عقبة ضد

---

(١) السنهورى ص ٤٩٩ . وفى قابلية تحول التصرفات القابلة للابطال حتى دون نص : بهجت بدوى ص ٤١٠ ؛

سريان التحول على مثل هذه التصرفات . فإذا كان من الممكن أن يكون التصرف في مواجهة شخص ما غير صحيح وفي مواجهة شخص آخر صحيحا ، فيجب أن يكون من الممكن كذلك ، أن يكون للتصرف ، نتيجة للتحول ، أثر في مواجهة شخص ما ، مخالف للأثر الذى ينتجه (دون تحول) في مواجهة شخص آخر (١) . لهذا يكون من الجائز ، أن يتحول عمل التصرف Verfügung في مواجهة من يحميه المنع من التصرف ، إلى تصرف إنشاء التزام ، فمثلا يتحول الرهن غير الصحيح إلى حق حبس(٢) .

فإذا تصرف شريك في شركة ، في نصيبه من ذمة الشركة أو رهنه أو أثقله بحق انتفاع (المواد ١٢٧٤ ، ١٠٦٩) فإن التصرف يكون طبقا للمادة ٧١٩ غير صحيح نسبيا ولكن يستبقى في علاقة سائر الشركاء باعتباره حوالة أو رهنا أو إنشاء حق انتفاع على الحقوق التى يملك الشريك طبقا للمادة ٧١٧ أن يجرى فيها عمل تصرف صحيحا ، ومنها قبل كل شيء نصيبه من الربح وحصته عند التصفية . وبمثل ذلك حكمت المحكمة العليا للدولة(٣) .

عمل التصرف Verfügung الصادر من أحد الزوجين على نصيبه من الأموال المشتركة هو غير صحيح في مواجهة الزوج الآخر . وقد استبقته المحكمة العليا لفرنكفورت (OLG. Frankfurt : L. Z. 1929/575) طبقا للمادة ١٤٠ باعتباره حوالة الحقوق الواقعة على المقابل الذى يصيب المتصرف عند التصفية .

فالتحول هنا معترف به عامة . ولكن لما كان واقع الحال في الحالات الفردية قد يترك مجالا للاعتراض عما إذا كان التحول موافقا لنية الطرفين ، فإنه يجب لذلك اتخاذ حيطة خاصة . فعلى أساس هذا السبب يمكن رفض التحول ، ولكن ليس على أى حال بسبب عدم جوازه بصفة أصلية(٤) :

(١) Fischer ص ٢٠ ، Finger ص ٥٨ ، Wiechell ص ١٨ ، Küntzel ص ١٧ ، Schönwetter ص ٢٠ ، v. Brasch ص ١٠٦ ، Rutenbeck ص ٣٢ ، v. Tuhr ج ٢ — ١ ص ٢٩٠ ، Staudinger مادة ١٤٠ ملاحظة .

(٢) Finger ص ٥٨ .

(٣) RG. "Recht."1913. Nr. 1424 : يقره Fischer ص ٩٠ ، v. Tuhr ج ٢ — ١ ص ٩٠ ، Staudinger المادة ١٤٠ ، Rutenbeck ص ٣٢ ، Finger ص ٥٩ .

(٤) قارن Fischer ص ٢١ ، Finger ص ٥٩ .

ويذكر Finger (ص ٥٨) فى هذا الشأن، أنه قد تقوم فى هذا الصدد عدة صعوبات عملية لا يمكن إغفالها. فالتحول يصبح، كما هو الحال دائما، غير جائز، على أساس الأسباب الواقعية، حينما يدخل الطرفان عدم الصحة فى حسابهما، وكذلك إذن قبل كل شيء، إذا كان المنع من التصرف كان معلوما لهما.

ولكن من المتصور أن يكون الطرفان قد اعتقدا أن من تقرر المنع لحمايته لن تتأثر حقوقه بتصرفهما، وفى هذه الحالة يمكن أن يدخل تطبيق المادة ١٤٠ فى الاعتبار. أما إذا كان الطرفان على عكس ذلك، لا يعلمان المنع فإن المادة ١٤٠ تنطبق دون تردد.

ونجد كذلك فى الفقه(١) تحفظا مؤداه أن المادة ١٤٠ لا تنطبق طالما أن عدم صحة التصرف لم يستقر على وجه قطعى، ولكن عند ما يتحقق البطلان النهائى فى مواجهة الشخص المقرر حمايته فقط، وهذا ماقد يقع فى حالة ما إذا لم يلحق الإقرار هذا التصرف غير الصحيح، وحينئذ تقوم حالة بطلان حقيقى؛ فإن المادة ١٤٠ تكون منطبقة.

ويجب مراعاة، أن تحول حوالة أو رهن حق غير صحيحين إلى توكيل نهائى بالقبض لا يمكن الرجوع فيه غير ممكن لأن المادة ٣٩٩ تقف دون ذلك. إذ سوف يتحقق من الناحية الاقتصادية عن هذا الطريق نفس الغرض الذى يتحقق عن الحوالة، ولكن يكاد يكون العثور على تصرف جديد لا يصطدم بالمنع من الحوالة غير ممكن. وفى هذا المعنى حكمت المحكمة العليا لهمبورج OLG. Hamburg (٢)

وقد أكدت المحكمة العليا للدولة كذلك فى الحكم Warn. 1910. Nr. 103 أن التحول ممكن فى العلاقة بين المحيل والمحال: وينقد Finger هذا النظر على أساس أن التصرف فى هذه العلاقة ليس غير صحيح، فليس ثمة مجال للتحول(٣). وعلى

---

(١) Fischer ص ٥٨، Schönwetter ص ٢٠.

(٢) Fischer ص ٨٩، Finger ص٥٩ يقراله. وتنص المادة ٣٩٩: لا يمكن حوالة الحق إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن الأصلى لا يمكن أن يتم دون تغيير فى مضمونه أو إذا كانت الحوالة قد استبعدت فى اتفاق مع المدين.

(٣) Finger مذكور أعلاه.

عكس ذلك يقر v. Brasch هذا الرأى ويجيز التحول ، لأن هذا التحول لا يهدد استقرار القانون والمعاملات. فالقلقلة الناشئة عن ذلك ليست أكبر من تلك الناشئة عن مصير التصرف فى مجموعه وهو لا زال محل تساؤل(١) .

فى هذه الحالة نرى أن التصرف يكون من بادىء الأمر ، أى من وقت إبرامه ، غير صحيح ، ولذلك يكون قابلا للتحول . وهذه الحقيقة لا يستطيع Finger نفسه أن يتجاهلها ، لأن عدم صحة التصرف هى أساس إعمال التحول وهى يجب أن تتحقق فى لحظة نشوء التصرف . لهذا يكون التصرف قابلا للتحول دون حاجة إلى انتظار ما إذا كان سوف يصبح غير صحيح على وجه نهائى أو سوف يلحقه الإقرار . فعدم الصحة هذا يكون فى ذاته الشرط الأول لتطبيق التحول الذى يرفع بإعماله حالة عدم الاستقرار القانونى هذه .

وعلى ذلك فإننا نقر التحول فى هذه الحالة

---

(١) v. Brasch ص ١٠٥ .

الباب الثانى

الشروط الموضوعية للتحول

(موافقة التصرف الباطل لعناصر تصرف آخر صحيح)

تنص المادة ١٤٠ من مجموعة القانون المدنى الألمانى على أنه « إذا وافق تصرف باطل عناصر تصرف آخر entspricht ، يصح هذا الآخر .... »

فشرط تطبيق المادة ١٤٠ هو إذن أن يوافق التصرف الباطل عناصر تصرف آخر .

فيجب إذن أن يكون التصرف الثانى تصرفا « آخر » وأن يوافق التصرف الأول عناصره .

الفصل التاسع

تصرف آخر

حين تتطلب المادة ١٤٠ أن يوافق التصرف الباطل عناصر « تصرف آخر » فإن النص يعبر بذلك عن شىء كان مفهوما من تلقاء نفسه ، وهو أنه يجب أن يكون ثمة فرق ، بين التصرف الباطل والتصرف الثانى » .

ويكون ثمة تصرف آخر ، إذا كان ليس هو التصرف المقصود أصلا ، وآثاره غير آثار الأول التى كان يمكن أن تظل قائمة بطريق التفسير أو بإدراج التصرف تحت المبدأ العام الذى ينتظمه Subsumtion أو الاستبقاء الجزئى . فالتصرف المقصود

أصلا هو بهذا الاعتبار باطل فى مجموعه ، ويحل محله تصرف آخر تماما يشارك الأول فى كثير أو قليل من مقوماته الفنية .

فلامكان للتحول إذا كان التصرفان يتلاقيان باعتبارهما وحدة واحدة أو كانت عناصرهما تغطى بعضها البعض إلى حد أن يكون من الممكن أن تتقرر الصحة لتصرف آخر على سبيل المساعدة من طريق التفسير . لهذا يكون Windscheid[1] قد ذهب إلى حد بعيد حين زعم أن « التصرف يستبقى باعتباره ما هو وإنما تستعاد ناحية منه هو نفسه لم تكن ظاهرة[2]» ، إذ أن التصرف المقصود الباطل هو عديم الصحة تماما ، وعلى أطلاله يخرج تصرف آخر إلى عالم الوجود .

وكذلك فإن وجهة نظر Wächter, Unger من أن التحول إنما يقوم فى تغير التصرف الباطل إلى تصرف صحيح ذى مجال مختلف « يقع فيه هو نفسه » هى وجهة نظر متناقضة ، فالتصرف الباطل لا يمكن أن يتضمن فى ذاته شيئا صحيحا .

أما مجرد التسمية غير الصحيحة (٣) فلا تؤدى إلى بطلان التصرف ، ولا تقوم لذلك أساسا لتطبيق ١٤٠ ، ولذلك فإن وجهة نظر Dernburg [4] من أن التحول مداره مجرد تغيير الإسم فقط ، هى غير صحيحة . إذ هنا يستبقى التصرف الذى ليس على الإطلاق باطلا ، باعتباره هو نفسه وإن كان تحت اسم آخر . فدار الأمر هنا هو تفسير لا تحول . أما فى التحول ، فلا يدور الأمر حول تغيير الإسم وإنما حول تغيير التصرف هو نفسه ، ولذلك فإن التحول ليس على الإطلاق تطبيقا لقاعدة « اعطنى الواقعة وأعطيك القانون » da mihi factum, dabo tibi ius (أى أن التحول لا يدور حول تصحيح التكييف القانونى الغلط disqualification).

---

(١) باندكت ص ٤٣١ ملحوظة ١٥ .

(٢) Riezler فى Staudinger Komm. الطبعة السابعة والثامنة على المادة ١٤٠ ، يتمسك بشدة بهذا الرأى .

(٣) بصرف النظر عن الكمبيالة .

(٤) Lehrb. I ص ٤٠٠ .

فالتصرف الجديد ، يجب إذن أن يكون مختلفا عن التصرف المقصود . أما القطبان اللذان يمكن أن يتحرك فى مدارهما التحول ، فيبينهما المثلان الآتيان ، من ناحية التحول عن طريق مجرد تغيير المضمون (مثل إنشاء دين مصحوب بتأمين باطل) ومن ناحية أخرى إلى تصرف مختلف النوع Typ (تحول الوعد بدوطة : نقل ملكية عقار إلى وعد بإنشاء حق انتفاع لمدى الحياة) .(١) فهذا يبين لنا إلى أى حد يمكن أن يبتعد التصرف الآخر إعلانا وإرادة عن التصرف الأصلى . وإنما يمكن القول أن كلا التصرفين لا يجوز أن يقعا فى مجالين مختلفين تماما من مجالات الحياة .(٢) أما الاختلاف القانونى (عمل التصرف Verfügung أو تصرف منشىء لالتزام ، تصرف متعلق بشىء أو بالتزام ، فى نطاق قانون المداينات أو قانون الأسرة .. الخ) فهو على عكس ذلك ليس بأية حال عقبة مانعة من إجراء التحول (٣) .

---

(١) هناك أمثلة كثيرة أخرى توجد فى الأحكام مثل Seuff. 79. N. 31 ؛ Warn. 1928. Nr. 8=H. R. R. 1928 Nr. 207

(٢) قارن RG. Seuffert. A. 80. Nr.110 .

(٣) Schönwetter ص ٢١ ، Siller ص ٧١ ، Rutenbeck. ص ٤١ ، Weil ص ٦٦ ، Fischer ص ٦٩ ، Wiechell ص ٢١ ، Bichmann ص ١٦ ، Finger ص ١٠١ ، ولهذا تكون وجهة نظر بهجت بدوى من أن عقد البيع الصادر من غير مالك يتحول إلى عقد منشىء لالتزامات (وعد بالبيع) غير صحيحة ، لأن البيع ينشىء نفس الالتزامات مثل الوعد بالبيع طبقا لقاعدة الوعد بالبيع يعتبر بيعا Promesse de vente vaut vente .

ويبدو أنه يريد بذلك فقط تأسيس نشوء التزام البائع بالتعويض عن العقد نفسه لا عن الفعل الضار ، ولا حاجة فى هذا إلى إعمال التحول . ويسرى هذا أيضا فى رأينا على عقد الإيجار الصادر من غير المالك وأمثال هذه العقود .

ويقترب من هذا الرأى رأى آخر يصل إلى نفس النتيجة وإن كان عن طريق آخر (سليمان مرقس ومحمد على إمام : عقد البيع ص ٤٤٤) . فيبدأ بأن يفرق بين نوعين من عقد البيع ؛ نوع يقصد به أن ينقل الملكية بذاته ويشترط فيه أن يكون البائع مالكا للمبيع وقت العقد حتى

يمكن أن تنتقل الملكية بمجرد اتفاق العاقدين ، ونوع لا يقصد به انتقال الملكية بمجرد الاتفاق ولا يشترط فيه أن يكون البائع مالكا للمبيع وقت العقد ما دام في الإمكان أن يكتسب هذه الملكية فيما بعد وأن ينفذ التزامه بنقلها إلى المشترى . ويرتب على هذه التفرقة أن يقع النوع الثانى صحيحا منتجا لآثاره ولو لم يكن البائع مالكا للمبيع ؛ أما النوع الأول فيكون باطلا بطلانا مطلقا لاستحالة تنفيذ الالتزام بنقل الملكية ، رغم أنه لا خلاف على أن الاستحالة هنا نسبية وأن استحالة المحل نسبيا لا يمكن أن تنتهى إلى البطلان . ثم يرى أن هذا النوع إذا بطل بطلانا مطلقا فإنه يتحول إلى عقد من النوع الثانى ، أى عقد بيع منشىء لالتزامات فقط ، إذا ثبت أن نية الطرفين المحتملة كانت تنصرف إلى ذلك لو علما أن العقد الأول غير ممكن انعقاده بسبب عدم ملكية البائع . ويرى أن المشرع فرض فرضا غير قابل لإثبات العكس أن البائع قد انصرفت نيته المحتملة إلى التحول ولذلك لم يسمح له أن يتمسك ببطلان العقد رغم أنه بطلان مطلق . وانصراف نية المشترى مفروض إلى أن يثبت العكس . ولذلك ينتج عقد النوع الأول آثار عقد النوع الثانى كاملة مادام المشترى لم يتمسك بالبطلان . لذلك يقتضى بيع ملك الغير التزامات فقط ولا ينقل الملكية بذاته ، ويصح أن يجيز المشترى العقد لأن إجازته قبول للتحول تمنعه من أن يتمسك بالبطلان ولو أنها لا تنقل إليه الملكية ، كما يفسر إمكان ورود إقرار المالك على العقد وإمكان انتقال الملكية إلى المشترى بمجرد أن يصير البائع مالكا . أما إذا تمسك المشترى بالبطلان فذلك دليل على أن نيته المحتملة لم تكن تنصرف إلى تحول عقد النوع الأول إلى النوع الثانى ، ووجب اعتبار العقد باطلا بطلانا مطلقا وغير قابل لإنتاج أى أثر قانونى ، وألزم البائع بالتعويض باعتباره متسببا بخطئه فى أن يعقد المشترى معه بحسن نية عقدا باطلا .

والتمحل ظاهر فى هذا الرأى : فنقطة البداية غير صحيحة إذ أن التفرقة بين بيع ناقل للملكية وبيع منشىء لالتزامات إنما هى تفرقة لا أساس لها وقد وضعت بقصد الوصول إلى هذه النتيجة بالذات . فعقد البيع فى القانون المصرى عقد منشىء لالتزامات فقط ومنها الالتزام بنقل الملكية ولا ينقل الملكية بذاته إلا إذا ورد على منقول معين بالذات إذا لم يتفق على غير ذلك . فالعقدان هما إذن عقد واحد وليسا عقدين مختلفين . فلا يوجد بينهما أدنى فارق يمكن أن يبرر هذه التفرقة . فالتحول يمتنع من بادىء الأمر لعدم وجود أى خلاف من أى نوع بين العقدين . فالبيع الذى لا يقصد به إلا إنشاء التزامات فقط ليس إلا الوعد بالبيع ، وهنا يظهر استناد هذا الرأى إلى رأى الدكتور بهجت بدوى مع خلو رأى الأخير من الاصطناع .

هذا فضلا عن أن هذه التفرقة لاجدوى منها فى تبرير الوصول إلى التحول : إذ لو سايرنا هذا الرأى ، يتبين لنا أن التفرقة بين نوعى البيع مردها النية دائما ، فإذا تعاقد الطرفان عن علم بعدم ملكية البائع كان العقد من النوع الثانى حتما من بادىء الأمر ولم يعد ثمة مجال لاعتباره من النوع الأول ثم بطلانه ثم تحوله فهذا عبث فى المنطق ، بل إن التحول ينغلق هنا حتما لعلم المشترى عند انعقاد العقد بسبب البطلان ، ورغم ذلك يكون له أن يتمسك بالبطلان بمقتضى نص القانون : أما إذا كان أحد الطرفين يعلم بتخلف الملكية والآخر يجهله ، فإن منطق الرأى نفسه يستتبع

ولذلك فإن ما يتطلبه Fr. Leonhard (١) من وجوب ألا يكون مضمون التصرف الجديد من نوع آخرى غير نوع مضمون التصرف القديم ، هو غير صحيح .

وهذا الاختلاف قد يكون فيما يتعلق بالشيء أو فيما يتعلق بالأشخاص ، وهذا لا يعوق إجراء التحول بأى حال .(٢) فالتصرف الباطل والتصرف الآخر ، يمكن أن يختلفا عن بعضهما إلى حد كبير لدرجة أن يقع كل منهما فى نطاق قانونى مختلف عن الآخر . إذ فى العادة يتوقف الأمر بصفة حاسمة لدى الطرفين ، على الحصول على نتيجة Erfolg اقتصادية بينما تتقهقر أمامها الوسيلة القانونية التى تتحقق عن طريقها هذه النتيجة . إنما يجب أن يتوافق التصرف الثانى ولو على وجه التقريب مع التصرف الأول فى علاقة واحدة على الأقل وهى الغرض. فإذا ظل الغرض ، على وجه التقريب ، واحدا ، فيمكن أن يقع فيما عدا ذلك أكبر اختلاف بين التصرفين . والحالات التى يختلف فيها التصرف الثانى عن الأول بأن تتغير طبيعته القانونية كثيرة جدا . فبذلك يمكن أن يكون التصرف الجديد تصرفا مختلف النوع تماما وأن يقع فى نطاق قانونى مختلف تماما عن الأول . وهذا هو الحال ، على سبيل المثال فى القضية التى حكمت فيها المحكمة العليا للدولة (RG. 66/27) بتحول رهن باطل إلى حق حبس أو عقد توريث باطل إلى

= ألا ينعقد العقد على أى وجه للغلط الوارد على طبيعته . فلا تبقى إذن إلا صورة أن يعتقد الطرفان معا فى نفس الوقت ملكية البائع ثم يتبين تخلفها ، وهذه حالة غلط مشترك تؤدى إلى الإبطال .

وأخيراً فإن التحول إنما يعمل أثره من وقت إبرام العقد الباطل وتتكشف النية المفترضة التى كانت تقوم فى هذه اللحظة ، بينما هذا الرأى يجعل لواقعة لاحقة وهى واقعة التمسك بالإبطال أثرا فى التحول ، فإذا لم يطلب المشترى البطلان بعد أن علم سببه وقع التحول . وإذا طلب البطلان لم يقع التحول ، وهنا تظهر عدم جدوى هذه المحاولة لأنه إذا لم يطلب المشترى البطلان فإن العقد يظل قائما منتجا لآثاره بنص القانون دون حاجة إلى إعمال التحول ، أما إذا طلب المشترى البطلان وبطل العقد وهنا تظهر الحاجة الحقيقية إلى التحول ، فإن هذا الرأى يقف عند البطلان ولا يعينه التحول ، رغم أن هذه هى الحالة التى كان يجب أن يتدخل فيها التحول ، إذ أن التحول إنما يعين عقدا باطلا فعلا إلى الصحة وليس وسيلة لتفسير عقد صحيح بطبيعته .

(١) قانون المواريث Erbrcht المادة ٢٠٨٤ ف ١ ؛

(٢ــ ترجمة) عقد التوريث ، وهو تصرف من جانبين يتحول إلى وصية أى إلى تصرف من جانب واحد . أما التحول بتغيير الشخص فسوف يعالج فى فصل خاص فيما بعد .

عقد مزارعة (Seuff. Arch. 80. Nr. 35) أو كفالة باطلة إلى حوالة دين (RG. 78/39).

ويجرى التحول كذلك إذا ما تغير محل التصرف فقط مثل تحول نقل ملكية مجموعة أموال Vermögen كاملة إلى التزام بنقل العناصر الفردية المكونة لهذا المجموعة ،(١) وبيع شيء إلى بيع شيء آخر .

ويمكن كذلك أن يكون التصرف الباطل واقعا فى نطاق قانون الأشياء والتصرف الجديد واقعا فى قانون المداينات(٢) .

١ — لا يمكن نشوء حق شفعة عينى فى مقابل ثمن محدد لأن المادة ٥٠٤ وما بعدها تتضمن هنا ، طبقا للمادة ١٠٩٨ قاعدة ملزمة . ولكن يمكن أن يظل حق الشفعة العينى الباطل طبقا لذلك قائما باعتباره حق شفعة شخصى يمكن أن يكون له أثر عينى بقيد التأشير به تأمينا للحق المشروط فى نقل ملكية العقار . وبذلك حكمت المحكمة العليا لكيل OLG Kiel .(٣) وعن طريق هذا التحول يتحقق بقدر كبير الغرض الإقتصادى المطلوب(٤) .

٢ — يتحول عقد إنشاء حق الانتفاع الباطل إلى عقد مزارعة(٥) .

---

(١) RG.67/3

(٢) وقارن Betti ص ٥٠٩ فهو يقر تحول التصرف المنشىء لحق عينى الى تصرف منشىء لالتزام .

(٣) Schlesw. Holst. A. 1922/10 وأقرته المحكمة العليا للدولة RG. Seuff A. 77. Nr. 142. ويقره Staudinger م ١٤٠ ملحوظه ٥ .

(٤) ولكن ينغلق التحول إذا كان حق الشفعة العينى قد أنشىء طبقا للمادة ١٠٩٧ ف ٢ لجميع حالات الشفعة أو طبقا للمادة ١٠٩٤ ف ٢ لمصلحة من كان يملك فى ذلك الوقت عقارا آخر . ولما كانت هذه الاتفاقات غير ممكنة فى حق الشفعة الشخصى ، فلهذا لا يوافق التصرف الآخر (Bay. OLG. 45/82) . وتنتهى حدود التحول كذلك فى الأحوال التى يكون فيها فى حد ذاته جائزا ، إذا كان حق الشفعة العينى بثمن محدد وغير الجائز قد قيد ف السجل العقارى . إذ أن تحول القيد فى السجل العقارى ممتنع . فالمشترى الذى حصل على العقار مثقلا بمثل هذا العبء المخالف للقانون ، يستطيع أن يتمسك بأن على مكتب السجل العقارى أن يلغى القيد من تلقاء نفسه von Amts wegen, de Plein droit (مادة ٥٤ ق ١ من نظام السجل العقارى) . ولا يمكن أن تسرى هنا المادة ١٤٠ (Stillschweig. JW. 1929/3319 وعكس ذلك محكمة يينا العليا (OLG. Jena) .

(٥) Endemann ص ٣٦٧ ، Oertmann م ١٤٠ ، Fischer ص ٨٩ .

٣ — يتحول عقد الرهن الحيازى الباطل إلى حق حبس(١) كما ذكرنا آنفا . ومن رأى Siber كذلك أن الرهن (الحيازى) الباطل يمكن استبقاؤه باعتباره حق إدارة نسبي (٢) .

٤ — وقد أجازت المحكمة العليا للدولة .RG ومحكمة ناومبرج العليا OLG Naumburg(٣) تحول الالتزام الباطل بنقل ملكية عقار إلى التزام بإنشاء رهن (غير حيازى) أو حق ارتفاق .

٥ — وأكثر من ذلك فقد أقرت المحكمة العليا للدولة(٤) تحول حق قرار وراثى إلى عقد مزارعة .

وفضلا عن ذلك فيما هى عدة أمثلة تبين كيف يمكن أن يكون هذا الخلاف بين التصرفين كبيرا .

١ — أخذت المحكمة العليا للدولة (RG. 110/ 39) بالتحول فى القضية التالية : نقل المدعى إلى المدعى عليها وهى بنته وزوجها ملكية عقار مملوك له بمناسبة زواجهما ولكن دون أن يتبع ذلك العقد المجرد الناقل للملكية Auflassung والقيد فى السجل العقارى . فطلب المدعى بدعواه استحقاق العقار لأنه تخلى عنه للمدعى عليهما على سبيل العارية فقط لمدة غير محدودة بينما يتمسك المدعى عليهما بأنهما أعطيا العقار باعتباره هبة بمناسبة الزواج Mitgift (دوطة) . أما التصرف فقد كان باطلا بسبب عدم استيفاء الشكل المقرر فى المادة ٣١٣ . ولكن المحكمة العليا للدولة .RG استبقت التصرف الباطل باعتباره إنشاء حق انتفاع لمدى الحياة ، إذ يتبين من الغرض من الوعد أن الطرفين لو كانا قد علما ببطلان العقد الوارد على نقل الملكية لكانا على الأقل وافقا على إنشاء حق الانتفاع . ومن الواجب تأييد هذا الحكم ، وهو فضلا عن ذلك دليل آخر على أن التصرف الباطل القابل للتصحيح (الموقوف) يكون قابلا للتحول إذا ما استقر البطلان ، وهذا هو الحال هنا .

---

(١) RG. 66/24 ؛ 68/386 ؛ 124/28 : JW. 1928/174

(٢) Jher. J. 150/124 ؛ 127/8 .

(٣) RG. 116 / 391 ؛ OLG. Naumburg. J. W. 1929/70 ؛ D.J.Z. 1909/ 321.

(٤) Seuff. A, 80. Nr. 135

٢ — وقد تمسكت المحكمة العليا للدولة كذلك[١] بوجهة النظر هذه في القضية التالية أيضا : أنشأت مؤجرة لمستأجر منها حق شفعة في الشكل الرسمي بدا كما لو كان شراء ، وألزمت نفسها بقيد حق الشفعة هذا في السجل العقاري . فأقرت المحكمة العليا للدولة تحول حق الشفعة إلى اتفاق على قيد تأشيرة بالتخلي (نقل الملكية) Auflassungsvormerkung .

٣ — في نفس المعنى حكمت كذلك محكمة كيل العليا OLG Kiel :[٢] كان قد قيد لمصلحة المدعي عليه حق قرار وراثي على عقارين مملوكين للمدعية . ولكن العقد الوارد على حق القرار كان رغم ذلك باطلا ، لأن العقار ترك للمدعى عليه للانتفاع الزراعي دون أن يكون قصد المزارعة قد نشأ أو يكون قد أصبح من مضمون العقد . ولكن لما كانت العبرة لدى المدعى عليه كانت هي حصوله على قدر الإمكان على حق شامل بالانتفاع الزراعي بالعقار ، فقد حولت محكمة كيل العليا عقد إنشاء القرار الوراثي[٣] الباطل إلى عقد مزارعة طويل المدة بحجة أنه لم يقم دليل على أن الطرفين أرادا التصرف في الصورة التي تم بها فحسب ولم يكونا ليعقدا تصرفا آخر في أي حال من الأحوال .

٤ — وأكثر من ذلك فقد أقرت محكمة ناومبرج العليا .OLG Naumburg[٤] جواز تحول عقد باطل بنقل الملكية على سبيل التأمين إلى التزام بإنشاء رهن (غير حيازي) Hypothek .

ويذهب القضاء ، في إعمال سليم لهذا المبدأ الأساسي ، إلى أبعد من ذلك إذ يجيز تحول التصرفات بين الأحياء إلى تصرفات بسبب الموت والعكس . وإن هذه الأحوال لذات أهمية خاصة ، إذ يقصد عادة بالتصرفات المعقودة بسبب الموت أغراض مختلفة تماما عن تلك التي يراد الوصول إليها في التصرفات بين الأحياء .

١ — وعلى هذا الأساس فقد فصلت المحكمة العليا للدولة .RG[٥] في

---

(١) Seuff. A. 77. Nr. 142

(٢) Seuff. A 80 Nr. 135

(٣ — ترجمة) حق القرار الوراثي Erbbaurecht : هو تكليف يقع على العقار مقتضاه أن يثبت لصاحبه حق قابل للتصرف فيه veräusserlich (aliénable) ووراثي في أن يقيم بناء سواء فوق سطح العقار أو تحت هذا السطح . ولا يجوز قصره على جزء فقط من البناء أي دور واحد فقط مثلا ، ولا ينقضي هذا الحق بهدم البناء .

(٤) JW. 1929/10

(٥) OLG. 35/374 = JW. 1910/407

القضية التالية . قرر المورث فى محرر مكتوب بخط يده وحامل لتاريخه الصحيح ، ولكن يحمل غلطا عنوان « سند دين Schuldschein » بأنه يجب أن تحصل المدعية التى أمضت ١٤ عاما فى خدمته (المورث) على ٠٠٠ و ١٠ مارك ، يكون لها بعد موته الحق فى قبضها . فاستبقت المحكمة هذا التصرف — الباطل باعتباره وعدا بهبة — باعتباره وصية يدوية تتضمن الإيصاء ببعض المال Vermächtnis (leg) محله الـ ٠٠٠ و ١٠ مارك ، وقد قالت المحكمة العليا فى هذه القضية بصراحة ، أن تطبيق المادة ١٤٠ لا يشترط بأية حال تصرفات من نفس النوع . « إن المادة ١٤٠ نص قائم فى الباب الخاص بالتصرفات القانونية ويتكلم عن التصرفات الباطلة دون تفريق بين ما إذا كانت قد أبرمت بين الأحياء أو بسبب الموت » . وفى هذا المعنى كذلك حكمت المحكمة العليا للدولة RG. 1916/467. RG. Bay. 1920/208 (١)

٢ — وأكثر من هذا فقد قضت المحكمة العليا للدولة RG.(٢) باستبقاء حوالة واردة على حق ناشىء عن رهن (غير حيازى) Hypothek ، تمت على سبيل الهبة وكانت باطلة ، باعتبارها وصية .

٣ — كذلك فإن العقد الذى أبرم فى مرض الموت ، وهو لذلك باطل فى القانون المصرى يمكن استبقاؤه باعتباره وصية إذا وافق عناصر الوصية(٣) .

٤ — عقد التوريث باطل طبقا للقانون المصرى ، ولكن يمكن استبقاؤه باعتباره وصية(٤) .

ومن الممكن كذلك أن تتحول تصرفات الإرادة الأخيرة إلى تصرفات بين الأحياء ، وفى هذه التصرفات بالذات يريد المعان نتيجة عملية معينة يكون من الواجب العمل على تحقيقها بوجه خاص لأن المتصرف لم يعد يمكنه رفع العيب .

---

(١) Finger ص ١٠١ يتساءل عما إذا كان يمكن فى هذه الحالة الكشف عن الوصية عن طريق تفسير أصح ، وحينئذ لا يحتاج الأمر إلى تطبيق المادة ١٤٠ . قارن Fischer ص ٧٥ . وتقدر المحكمة العليا للدولة نفسها أن وجهة النظر هذه ممكنة ، ولكن رأت نفسها مقيدة بما قررته من حيث الواقع محكمة الموضوع :

(٢) RG. "Recht" 1912. Nr. 1884 ; R.G. "Recht" 1929. Nr. 1466

(٣) بهجت بدوى ص ٤٢٨ ، السنهورى : المصادر ص ٥٠٠ .

(٤) السنهورى المصادر ص ٥٠٠ والعقد ص ٦٣٥ .

١ — حولت المحكمة العليا للدولة RG. عقد توريث باطل إلى عقد بين الورثة الشرعيين المقبلين فى معنى المادة ٣١٢ (١).

٢ — إلا أن المحكمة العليا لباڤاريا Bay Ob. LG. (٢) قد أخذت على أى حال بوجهة نظر أخرى حين تقول ، أن تحول تصرف الارادة الأخيرة إلى تصرف بين الأحياء لا يمكن أن يكون محل تفكير ، ولكن وجهة النظر هذه ليست صحيحة ، فإن الارادة الواقعة على تصرف الإرادة الأخيرة ليست بأية حال غير متفقة مع إرادة إبرام تصرف بين الأحياء . ولا تؤدى بأية حال إلى استبعادها(٣) .

٣ — كذلك استبقت محكمة ميونيخ العليا OLG. (OLG. 35/374) München إيصاء ببعض المال Vermächtnis مقرراً لمنفذ الوصية فى وصية Testament باطلة إلى اعتراف بدين عن الخدمات المؤداة . (٤)

فمن المستقر إذن فى الفقه وفى قضاء المحكمة العليا للدولة RG. أن التصرف الجديد يمكن أن يكون تصرفا من نوع آخر تماما ويقع فى نطاق قانونى مختلف عن التصرف المقصود . وإن أكبر اختلاف لا يعوق التحول أساسا ، طالما أن اتحاد النتيجة أو تقاربها قائم ، أى طالما أن التصرف الثانى يوافق التصرف الأول .

---

(١) H.R.R. 1927. Nr. 1403 : وتنص المادة ٣١٢ : يكون العقد الوارد على تركة شخص ثالث لا زال على قيد الحياة باطلا . ويسرى ذلك أيضا على العقد الوارد على الجزء المحجوز قانونا أو على إيصاء ببعض المال من تركة شخص ثالث لازال على قيد الحياة (م ١٣١ ف ٢) . ولا تسرى هذه الأحكام على العقد المبرم بين الورثة الشرعيين المقبلين الوارد على النصيب القانونى أو على الجزء المحجوز قانونا الذى يستحق لواحد منهم . ويتطلب مثل هذا العقد الشكل الرسمى (أمام المحكمة أو الموثق) (ترجمة) .

(٢) Seuff. Bl f.R.A. 70/531

(٣) كذلك OLG. 35/375 . إذا كان التحول فى كثير من مثل هذه الأحوال سوف يتعثر بسبب عدم موافقته الإرادة الفرضية للطرفين ، فلا يبرر هذا بأى حال إنكار قابلية هذه التصرفات للتحول بصفة عامة .

(٤) RG. 99/17 قارن Soergel Respr. سنة ١٩١٧ م ١٤٠ .

الفصل العاشر

تغيير المضمون

ولكن هل يلزم أن يكون التصرف «الآخر» تصرفا من نوع آخر؟ أم يمكن أن يكون من نفس النوع ولكن مع تغيير المضمون فقط أى بتغيير الأشخاص أو المحل .. الخ .

وفى الكثير الغالب يكون التصرف الجديد مختلف النوع عن التصرف الباطل، ولكن هذا ليس ضروريا بأية حال . فيمكن أن يختلف التصرف الجديد عن التصرف الباطل من حيث مضمونه فقط . فالقانون يتطلب «تصرفا آخر» وهو بهذا لا يتطلب على الإطلاق نوعا آخر . فيكفى أساسا أن يميز التصرف الجديد عن التصرف الباطل أى تغير ما . إذ تقوم كذلك الحاجة إلى التحول إلى تصرف آخر من نفس النوع مع مضمون أقل أو مختلف . بل إن تطبيق المادة ١٤٠ فى هذه الأحوال يكون أولى ، إذا الظاهر أن التصرفات المتشابهة على هذا الوجه تكون النتيجة الاقتصادية فيها واحدة أو مشابهة[1] . فيمكن أن يتحول تصرف ذو مضمون مخالف للقانون أو الآداب أو ذو مضمون مستحيل إلى تصرف من نفس النوع ذى مضمون صحيح : لهذا يمكن أن يتحول عقد بيع ذى مضمون مستحيل ، مثل توريد بضاعة أجنبية يقوم بالنسبة لها أمر تحريم استيراد ، إلى عقد ذى مضمون ممكن ، مثل توريد بضاعة مشابهة من داخل البلاد . كذلك يمكن أن يتحول عقد مؤانسة Darbietungsvertrag مخالف للآداب إلى عقد آخر مثل عقد إقامة حفلة موسيقية (٢) . كما يمكن

---

(١) Wiechell ص ١٢ ، v. Brasch ص ٧٢١ ، Fischer ص ١٦ ، Weil ص ٦٧ ، Siller ص ١٦٩ ، Finger ص ٢٠٣ ، Bichmann ص ١٥ ، Schönwetter ص ٢٨ ، Enneccerus ص ٨٧٥ ، Oertmann ص ٥١٣ .

(٢) المثلان من Weil ص ٦٨ .

تبعا للظروف أن يستبق بيع شيء باعتباره بيعا منصبا على الحق الوارد على الوفاء بالشيء(١) .

ولكن المحكمة العليا للدولة(٢) وقفت عند وجهة نظر مقتضاها أن التصرف الثاني يجب أن يكون من نوع قانوني آخر غير التصرف الباطل ، وأن مجرد تغيير المضمون لا يكفي للتحول بحال ما . فقد رفضت في هذا الحكم تحول تفويض (٣) Vollmacht لا يجوز الرجوع فيه وكان عاريا عن الصحة بسبب الشكل إلى تفويض يجوز الرجوع فيه : فقد باع شخص عقارا بمقتضى تفويض لا يجوز الرجوع فيه ولكنه كان باطلا طبقا للمادة ٣١٣ لعدم استيفائه الشكل القانوني . ورأت محكمة الاستئناف أنه من الممكن استبقاء عقد البيع على أساس تحول التفويض الذي لايجوز الرجوع فيه إلى تفويض يجوز الرجوع فيه . ولكن المحكمة العليا للدولة RG. قالت في هذا الصدد « إن الطبيعة القانونية للتصرف الذي محله منح سلطة النيابة die Vertretungsmacht لا تتغير سواء أكان التفويض قد منح على وجه يجوز الرجوع فيه أو لا يجوز الرجوع فيه . وإن تعديل الإعلان الذي محله أن يكون التفويض لا يجوز الرجوع فيه ، لا يغير لذلك الطبيعة القانونية للتصرف المعلن وإنما مضمونه ، هو نفسه ، فقط . فإذا كان من المتسق مع منطق التحول أن يكون التصرف الآخر الذي يحل محل التصرف المعلن محتويا في نفس الوقت مضمونا أكثر قيوداً ، فإنه من الناحية الأخرى ، لا يمكن أن يستنتج من إعمال مجرد تغيير المضمون مع الإبقاء على الصورة القانونية المختارة لإعلان الارادة ، قيام تحول جائز .

أما Siller (ص ١٦٩) الذي يقر التحول مع مجرد تغيير المضمون فيعترض

---

(١) Enneccerus أعلاه .

(٢) H.R.R 1926. Nr.360 = Gruch. 68/538. A. = D.N. Z.1926/894 ؛ RAG. Bensheimer. Bd, 105/412 .

(٣ — ترجمة) التفويض die Vollmacht هو (م ١٦٦ ف ٢) سلطة النيابة المخولة بتصرف قانوني وتسمى كذلك Procuration أي التفويض . فهي هي النيابة الاتفاقية ، واستخدمنا اصطلاح التفويض لأنه هو وحده الذي يتم عن طريق تصرف قانوني تمييزا له عن النيابة التي تتم بمقتضى نص في القانون كنيابة الولي أو الوصي عن القاصر أو بمقتضى حكم من القاضي .

على ما جاء فى الحكم من أن مثل هذا التحول غير جائز ، ولكنه يقر الحكم فى نتيجته ، إذ أن إعمال التحول وإن كان يتوقف على وقت إنشاء التصرف الباطل ولكنه لا يمكن أن يقع إلا بعد أن ينشأ التصرف . لهذا يكون من المستحيل فى المنطق القانونى ، أن يكون التصرف المحول مصححاً لتصرف أنشىء قبله . وذلك أن هذا التصرف (التبعى) يشترط لصحته أن يكون التصرف الآخر (المحول) مكتمل الصحة ، إذ أن التصرف الآخر (التبعى) كان قد أنشىء فعلا . وهذه هى فى الواقع علاقة التفويض بالتصرف الذى أجرى على أساسه ، فشروط الصحة التى من هذا القبيل لا يمكن أن تستوفى فى وقت لاحق بأثر رجعى . ويوضح ذلك أن أى تحول فى القضية المبينة أعلاه ، سوف يتعارض مع هدف المادة ٣١٣ .

وهكذا يتطلب Rutenbeck (ص ٢٧) أيضا ، لتطبيق التحول ، وجوب أن يكون التصرف الثانى من نوع آخر .

ويشترط Saleilles لتطبيق التحول وجوب أن يكون التصرف الثانى من نوع آخر أيضاً(١). والظاهر أن هذا الرأى كان ذا أثر كبير على الفقه المصرى ، إذ يتطلب الدكتور بهجت بدوى(٢) أن يكون التصرف الثانى ذا طبيعة قانونية أخرى . أما الدكتور السنهورى فهو أشد حذراً وإن كان يصدر عن هذا المبدأ فى التطبيقات الفردية التى أوردها .(٣)

ولكن وجهة النظر هذه غير صائبة وهى مرفوضة عموما . فالمادة ١٤٠ (ومثلها المادة ١٤٤ من مجموعة القانون المدنى المصرى) ، لا تقدم لنا دليلا على مثل هذا التقييد . فالتصرف المتغير من حيث مضمونه فقط هو تصرف آخر كذلك . فإذا أمكن تحقيق الغرض الاقتصادى المطلوب عن طريق تصرف آخر

---

(١) إعلان الإرادة ص ٣١٥ فقرة ٢ ، ٣ : تصرف مختلف تماما بخواصه المميزة .
Un acte tout différent par ses caractères spécifiques

(٢) ص ٤١٠ . يجب أن تختلف طبيعة التصرف (الجديد) عن طبيعة التصرف الأول . وكذلك عبد الحى حجازى . المصادر ص ٣٢٧ : عقد آخر ذى طبيعة أخرى .

(٣) المصادر ص ٥٠٠ : يرفض تحول عقد بقاء الشيوع الزائد عن خمس سنوات والباطل بسبب ذلك إلى عقد قسمه المدة الجائزة قانونا ، ويعتبرها حالة بطلان جزئى . (ترجمة — مع إجماع القضاء والفقه الألمانى على اعتبار مثل هذه الحالة حالة تحول لا بطلان جزئى . انظر الأحكام فيما سيلى وخاصة الحكم الخاص بعقد استغلال مصنع البيرة فصل ٢٥ رابعا فيما يلى) .

من نفس الصورة القانونية ، فإن التحول يكون جائزاً . لهذا فقد تبنت المحكمة العليا للدولة RG. 108/146 . وجهة النظر هذه وصرحت بأن «التحول لا يستلزم تغير التصرف من حيث نوعه» . (١)

فإذا كانت محكمة كيل العليا OLG Kiel (٢) قد رفضت هذا التحول بحجة أنه لا يمكن أن يترك جزء من التصرف لكى يحول التصرف عندئذ ، فإن هذه الحجة تكون غير صحيحة ، إذ أن التصرف سوف يحول فى خلاصة مجموع روابطه أي بالمشارطات الباطلة كذلك .

والنتيجة التى نصل إليها الآن هى أن التحول مع مجرد تغيير المضمون جائز أيضا . ولهذا فمن المقرر عموما إمكان تحول التنبيه غير العادى إلى تنبيه عادى . فالتنبيه يكون « لسبب أساسى » (٣) غير صحيح ، ولكن لما كان المنبه قد أظهر باعلان التنبيه غير المحدد المدة رغبته فى فسخ العقد فى أقرب وقت ممكن ، فيمكن أن يظل إعلانه الباطل قائما باعتباره إعلان تنبيه فى المدة القانونية ، إذا كان الإعلان باعتباره كذلك كان يراد (٤) . فمثلا إذا كان ب قد طرد ا بدون مراعاة مدة التنبيه إطلاقا (أى فوراً بدون تحديد أى مدة إطلاقا) لأنه اعتقد أن ا قد سرقه ثم تبين أن ا برىء ، فهنا يكون استبقاء التنبيه غير المصحوب بمدة باعتباره تنبيها للمدة القانونية ، غير موافق لإرادة ب الفرضية . أما إنهاء العلاقة التعاقدية بتطبيق المادة ١٤٠ فيحسب بانقضاء مدة التنبيه القانونية أو الاتفاقية ، من وقت التنبيه غير الجائز . فمثلا إذا كان ميعاد التنبيه العادى شهراً ، وطرد ا بدون وجه ودون مراعاة المدة فى ٣١ / ٥ ، فيصبح هذا التنبيه طبقا للمادة ١٤٠ باعتباره تنبيها

---

(١) مثل ذلك أيضا ؛ Gruch 68/1542 ؛ L.Z.1929/575 ؛ RAG. 4/222 ؛ Seuff. A. 80. Nr. 110 ؛ RG. HRR. 1926 Nr.360 ؛ Seuff, A. 56./206 وقارن Siller ص ١٦٩ ، Finger ص ٥٦٦ ، ص ١٠٣ ، Schönwetter ص ٢٨ .

(٢) Schlesw. Holst A. 1925/46 وقارن Finger ص ١٠٣ .

(٣) المواد ٦٢٦ ، ٧٢٣ من مجموعة القانون المدنى ، المادة ٧٠ مرتبطة بالمادة ٧١ ، ٨٢ من مجموعة قانون العمل :

(٤) Finger ص ١٠٣ والفقه المشار إليه فيه ، 122/9 ؛ RG. 105/133 ؛ OLG. Breslau. Ztschr. f. Anw. Br. 1914/57 ؛ RAG. 3/17 ؛ LGI. Berlin. JW. 1927/153 ، وقارن Staudinger .

إلى ٦/٣٠ ويسرى هذا أيضا، إذ كانت المدة المقررة قصيرة جداً ، فمثلا إذا كانت مدة التنبيه تسرى حتى ٧/٣٠ فتصح باعتبارها تنبيها إلى ٧/١٥ (١) .

كذلك تنطبق المادة ١٤٠ على وجه مماثل عند عدم مراعاة مدة التنبيه(٢) ، فمثلا يكون التنبيه جائزا فى اليوم الأخير من الشهر فقط ، فيجب اعتبار التنبيه الذى تم قبل ذلك كأنه تم فى آخر يوم من الشهر إلا إذا كان الطرفان قد أرادا أن يكون التنبيه صحيحا إذا تم فى التاريخ المحدد فقط . ويكون التحول ممكنا كذلك ، إذا كان التنبيه يجب حصوله لا لمدة محددة فقط ، بل فى تاريخ محدد أيضا ، فمثلا يمكن طبقا طبقا للمادة ٦٦ من مجموعة القانون التجارى ، تنبيه مساعدى التجار (العمال الذين يعملون لدى تاجر ويساعدونه فى أداء عمله) كقاعدة عامة عند انتهاء ربع عام ميلادى فقط (آخر مارس . آخر يونية ، آخر سبتمبر ، آخر ديسمبر) ، على أن يكون التنبيه قبل ستة أسابيع من التاريخ المحدد . فإذا أنذر ب فى ٧/٣١ اعتبارا من ٨/٣١ فيتحول هذا إلى تنبيه إلى ٩/٣٠ على أساس أنه بحساب مدة الستة أسابيع يحل الموعد فى ٩/١٥ لا فى ٩/٣٠ . ولكن الأمر مداره هنا هو الميعاد الأدنى ، أى أن رب العمل لا يستطيع أساسا الإنذار فى ٨/١٥ .... إلى ٨/١٩ وإنما يستطيع أن ينذر حتى ٨/١٩ إلى يوم ٩/٣٠ .

وهناك كذلك تطبيق هام للتحول مع مجرد تغيير المضمون ، وذلك فى العقود التى تبرم مجاوزة الحد الأقصى للثمن ، وذلك إلى الحد الأقصى للثمن الجائز قانونا فقط (ومع ذلك فإن مراعاة إرادة البائع هنا ضرورية جداً) .

وفى ختام الكلام عن الاختلاف بين التصرف المقصود والتصرف الجديد يجب القول أن الضابط الفاصل فى تطبيق المادة ١٤٠ هو وحده مسألة ما إذا كان

---

(١) 62/66 ؛ RG. 91/207 وقارن v. Tuhr حـ ٢ — ١ ص ٢٩٠ .
ومن هذا الرأى فى الفقه المصرى الدكتور حشمت أبو ستيت : يمكن أن يتحول العقد إلى عقد آخر من نفس النوع (مصادر الالتزام القاهرة سنة ١٩٥٤ ص ٢٦٧ هامش ١) مع إشارة إلى المثل الذى قدمه عبد الفتاح عبد الباقى (الإيجار فقرة ٧٠) من تحول عقد الإيجار الدائم والباطل لهذا السبب إلى عقد إيجار المدة الجائزة قانونا . وقارن Betti ص ٥١٠ فهو يجيز تحول عقد الإيجار المنعقد لمدة تزيد عن ٩ سنوات والباطل لعدم استيفائه الشكل المطلوب إلى عقد إيجار للمدة الجائزة بدون استلزام الشكل .

(٢) RG. LZ. 1908/69 a.

يمكن أن يتحقق الغرض الاقتصادى المقصود عن طريق التصرف الثانى ولو على وجه مشابه على الأقل ، ولكن مع إمكان التسليم بأن هذا التصرف الثانى كان قد يراد عند العلم بالبطلان .

فالعبرة ليست إذن بموضع اختلاف التصرف الثانى عن التصرف الباطل ، وإنما بما إذا كانت الصورة القانونية للتصرف الجديد تساعد الطرفين على الحصول على النتيجة المقصودة على وجه أسرع من الصورة القانونية للتصرف الأصلى .

أما أوجه الخلاف بين التصرف الأول والتصرف الذى يوافقه فلا أهمية لها إطلاقا . ويترتب على ذلك أن تصرفا مختلف النوع تماما عن التصرف المقصود أو تصرفا آخر متغير المضمون فقط ، كلاهما يكون محققا للشرط الموضوعى بأن يكون التصرف الجديد تصرفا « آخر » (١) .

الفصل الحادى عشر

التوافق das Entsprechen

تتطلب المادة ١٤٠ لتحول تصرف باطل إلى تصرف آخر شرطا موضوعيا هو التوافق das Entsprechen أى وجوب أن يوافق التصرف الباطل عناصر هذا التصرف الآخر . وبهذا يعرض لنا السؤال ، كيف يوافق التصرف الباطل عناصر تصرف آخر ؟ أيعنى هذا أنه يجب أن تتضمن واقعة التصرف الباطل فى مضمونها عناصر التصرف الآخر هذه أم يجب أن يفهم نص القانون على وجه آخر ؟ وما هو الوجه الآخر ؟ وما هى إذن هذه العناصر التى يجب أن يوافقها التصرف الباطل ؟ .

١ — نجد فى الفقه والقضاء كثيرا ممن يمثلون وجهة نظر مقتضاها أن التوافق Entsprechen لا يعنى أكثر من الاحتواء Enthalten sein ، وأنه لا يوجد

(١) قارن v. Brasch ص ١٢٧ .

بينهما أى فارق موضوعى objektiv .(١) فالتصرف الباطل يجب أن يتضمن فى واقعته المادية العناصر القانونية المكونة للتصرف الآخر ، يجب أن يحتويها فى ذاته . وتبعا لذلك يجب أن تكون هذه العناصر ليست هى نفسها وليست أكبر من عناصر التصرف المقصود والباطل .

ونصل إلى نفس النتيجة حين يعمد بعض الكتاب إلى عدم ذكر « الاحتواء » « صراحة ولكن يتطلبون أن يوجد فى التصرف الباطل كافة عناصر التصرف الجديد الموضوعية(٢) ؛ أو وجود كافة العناصر ما عدا عنصر إرادة التصرف القانونى . وبهذا يكون من المطلوب ، حتى مع أضيق تفسير لأقوالهم ، إعلان مضمون التصرف الذى يوجه — وهذا ما سنراعيه هنا فى أول الأمر فقط — إلى تحقيق أثر قانونى .

وقد قضت المحكمة العليا للدولة .RG(٣) بأنه يجب دائما أن تكون عناصر التصرف الآخر الصحيح ، محتواة فى إعلانات الإرادة التى صدرت عن الطرفين » .

وعلى كل حال فإنه لم يبين فى أى مكان إطلاقا ، ما هى على وجه التحديد هذه العناصر التى يجب أن تكون محتواة مع أنه من المهم جدا فى تطبيق التحول معرفة وتحديد هذه العناصر(٤) .

وكذلك فإن رأى Salleiles هو أيضا أن التصرف الباطل يجب أن يحتوى فى ذاته عناصر التصرف الجديد ، فهو يترجم تعبير entsprechen ومعناه يوافق بتعبير contenir ومعناه يتضمن أو يحتوى وهو ما يفيد التعبير الألمانى enthalten أى يتضمن أو يحتوى(٥) .

---

(١) Michaelis ص ٥٦٧ .

(٢) Römer ص ٧٨ ، ٩٠ ، Weisengrün ص ١٧ ، Hölder البانديكت ، Cosack ص ١٥٥ ، Biermann المادة ١٤٠ .

(٣) RG. J. R. 1920. Nr. 1914 = "Recht" 1926 Nr. 1081

(٤) Rutenbeck ص ٤٢ ، Finger ص ٧٢ ، Schönwetter ص ٢١ ، Fischer ص ٦٥ ، Bichmann ص ١٥ ، Wiechell ص ١٨ ، v. Brasch .

(٥) ص ٣١٦ : أحدهما يحتوى الآخر l'un contient l'autre ، ص ٣١٧ 'acte substitué au premièr était lui-même, implicitement contenu dans la déclaration

وقد أثرت وجهة النظر هذه إلى حدما على الفقه المصرى (١) . أما نص المادة ١٤٤ من مجموعة القانون المصرى ، فهو عكس ذلك صريح فى أن التوافق لا يتطلب الاحتواء بأى حال . ويقول النص العربى « باعتباره العقد الذى توافرت أركانه ، أما الترجمة الفرنسية الرسمية(٢) فتستعمل تعبير répondre à وهو يقابل بالألمانية entsprechen لا تعبير enthalten أى contenir .

أما مجموعة القانون المدنى الإيطالى فتتكلم هى الأخرى كذلك عن الاحتواء contengere .

أما القانون المجرى فهو يتكلم كالقانون الألمانى عن توافق Entsprechen .

٢ — وعلى نقيض وجهة النظر هذه ، فإن الرأى فى الفقه والقضاء عامة ، هو أن التوافق Entsprechen لا يمكن أن يكون معناه الإحتواء Enthalten sein (٣).

فالمادة ١٤٠ تتكلم عن « التوافق » « لا عن » الإحتواء . وهذا التعبير الحذر من جانب المشرع ليسهل تفرقة ، كانت طبيعة الأشياء تؤدى إليها على أى حال . فثمت فرق بين كل من الإصطلاحين إذ أن كل تعبير اصطلاحى له معنى معين مختلف . فاستعمال هذا التعبير غير المحدد ، يجب أن يمكن وأن يضمن مجالا أكثر حرية فى كشف وإيجاد التصرف الثانى . بل وإنه لهذا السبب بالذات ، إختير هذا الاصطلاح غير المحدد لأول مرة فى الصيغة النهائية للمادة ١٤٠ . فالمشرع يريد بهذا التعبير أن يقول ، أن واقعة التصرف الباطل لا تشبه من كافة الوجوه ومن كل وجه واقعة التصرف المحول ، أى التصرف الذى

= وكذلك الترجمة الصادرة عن وزارة العدل الفرنسية ص ١٥٨ l'acte était compris à l'état isolé dans la déclaration. Chacun des éléments ait dû se trouver contenu dans la déclaration. هذا رغم أن تعبير Entsprechen معناه بالفرنسية Correspondre لا Contenir .

(١) كذلك بهجت بدوى ص ٤١٠ ، أما السنهورى المصادر ص ٥٠١ فأشد حذرا .

(٢ — ترجمة) وهى الترجمة الفرنسية للمشروع التمهيدى أيضا . مع مراعاة أن الجزء الخاص بالالتزامات من المشروع التمهيدى وضع فى الأصل هو ومذكرته الإيضاحية بالفرنسية ثم ترجم إلى العربية . فالتعبير الفرنسى ، فى هذه الحدود فقط ، يكشف عما كان فى ذهن الشارع عند وضع المشروع؛ وربما عرضت أمامه صعوبة اختيار لفظ عربى مناسب؛ ولكنه تجنب على أى حال التعبير الذى استعمله Saleilles .

(٣) Fischer - Henle المادة ١٤٠ .

يتحول إليه فى النهاية على أساس المادة ١٤٠ ، حتى ولا أن يكون التصرف الآخر الصحيح متضمنا على وجه كامل فى التصرف الباطل(١) . فالتوافق لا ينسحب على مضمون التصرف ، فلا حاجة إذن لأن يكون مضمون التصرف الجديد قد أعلن أو أريد ؛ وإلا انتهينا إلى نتيجة هى أن يكون مضمون التصرف الجديد إما هو نفسه مضمون التصرف الباطل تماما ، وإما أن يكون مجرد مضمون أقل محتوى فيه ؛ وهذا يجعل التحول نظاما عديم القيمة . إذ بهذا يقتصر تطبيق التحول على حالات يكون وضع نص خاص لها غير لازم . ففى الحالة الأولى سوف يدور الأمر حول تفسير لا تحول . أما فى الحالة الثانية فقد يكون النص الخاص بالتفسير أو المادة ١٣٩ كافيا ، إن أن الأثر الأقل قد أعلن وأريد فى نفس الوقت مع الأثر الأكبر ، وبهذا يكون نص المادة ١٤٠ ، قد كان زائدا عن الحاجة . وعلى هذا فإن التوافق ليس معناه احتواء عناصر التصرف الجديد فى التصرف القديم ، وإنما معناه أن رابطة تقوم بين التصرفين يجب جعلها موضع الاعتبار وهى التى تحقق هذا التوافق .

فحين استبقت المحكمة العليا للدولة .RG (JW. 1910/467) سند دين أعطى على سبيل الهبة ، وكان باطلا بسبب تخلف الشكل ، باعتباره إنشاء إيصاء ببعض المال Vermächtnis فى وصية Testament ، فإن التزام الواهب بدفع مبلغ معين لمستلم سند الدين يكون قد أريد وأعلن ، وينشأ عن طريق التحول ، تكليف على عاتق ورثة الواهب ، وهذا باعتباره مضمون التصرف وبوصفه الأثر المراد ، لم يكن قد توقع إطلاقا من قبل (٢) .

وبهذا فإن المادة ١٤٠ لا تتطلب بشرط التوافق وجوب أن تكون عناصر التصرف الثانى قد أعلنت أو أريدت فى واقعة التصرف الباطل المقصود . فلا يتطلب على الإطلاق قيام ارتباط داخلى بين التصرفين .

---

(١) على أى حال فإنه عن طريق التفسير اللغوى لكلمة التوافق Entsprechen وحده ، يتعذر إمكان إيجاد حد لجواز أو عدم جواز التحول .

(٢) قارن Küntzel ص ١٩ .

وقد أخذت المحكمة العليا للدولة .RG (١) نفسها بهذا الرأى ، حين تطلبت أن « التصرف الباطل يجب أن يوافق المستلزمات Anforderungen التى يشترطها النظام القانونى فى تصرف من نفس النوع باعتباره كذلك . فهى لم تتطلب وجوب أن تكون هذه العناصر قد أعلنت فى التصرف الباطل .

الفصل الثانى عشر

العناصر Die Erfordernisse

إن العناصر التى يجب أن يوافقها التصرف الباطل هى ، كما قالت المحكمة العليا للدولة .RG فى الحكم المذكور أعلاه ، وكما هو مقرر عموما فى الفقه ، هى العناصر الموضوعية فقط ، أى العناصر الأساسية التى يتطلبها النظام القانونى باعتبارها شروط صحة التصرف الثانى ، بصرف النظر عن وضع الحالة الفردية . ولا يجرى الكلام هنا عن كل العناصر الخارجية للتصرف الجديد ، وإنما يتطلب على وجه إيجابى positiv ، أن تتوافر فى واقعة التصرف الباطل تلك العناصر التى لو كان الإعلان والإرادة قد اتجها إلى صحة التصرف الجديد ومضمونه لأكسباه الصحة القانونية الكاملة . وهذه هى أهليه الأداء ، وسلطة التصرف Verfügungsmacht والشكل المطلوب ، وتوافق إرادة الطرفين فيما يتعلق بالعقود . هذه العناصر يجب أن تتوافر كاملة فى التصرف الباطل وألا يمسها سبب البطلان(٢) .

وعلى هذا فقد رفضت المحكمة العليا لباڤاريا . Bay. OLG (OLG. 45/182) تحول حق شفعة عينى باطل إلى حق شفعة شخصى للتأمين عن طريق التأشيرة ،

---

(١) RG Recht. 1908. Nr. 1944

(٢) ويلاحظ Voss (ص ٤٥) هنا ، أن الآثار القانونية للتصرف الباطل بفرض لو أنه كان صحيحا ، يجب أن تبدو بالنسبة للشخص الثالث الذى لم يشترك فى العقد تكاد تكون هى ذاتها الآثار القانونية للتصرف المحول ، أو أن تكون شديدة الشبه بها .

والجائز فى حد ذاته ، رفضته بحق لأنه فى الحالة المعروضة ، كان حق الشفعة العينى قد أنشىء لمصلحة من كان فى ذلك الوقت مالكا لعقار آخر (م ١٠٩٤ ف ٢) ومثل هذا الاتفاق لا يمكن وقوعه بصدد حق شفعة شخصى .(١)

كما رفضت المحكمة العليا للدولة .RG (RG. 121 /99) كذلك تحول عقد باطل طبقا للمادة ٢١٥ تجارى ، كان المساهمون قد وعدوا فيه بفوائد إلى قدر معين ، إلى عقد وارد على عقار ، لأن ذلك العقد لم يكن قد تضمن العناصر الأساسية اللازمة لعقد البيع ، ومن ثم لم يوافق عناصر عقد البيع .

وعلى أساس هذا المبدأ رفضت المحكمة العليا للدولة .RG فى الحكم R.G. 70 / 353 التحول فى القضية التالية : قيد مالك عقار لصالح دائن له دون تراض مع هذا ، رهنا غير حيازى Hypothek وذلك كى يضمن لنفسه اكتساب مال فى ذمته Vermögenserwerb . وقد كان إنشاء الرهن هذا ، باطلا طبقا للمادة ٨٧٣ لعدم التراضى . وقد رفضت المحكمة العليا للدولة .RG ، تحول هذا الرهن (غير الحيازى) الباطل إلى دين عقارى لصالح المالك بحجة صائبة ، هى أن التصرف لا يمكن إطلاقا أن ينشأ ، عند تخلف رضا الدائن بإنشاء الرهن ، حتى وإن كان رضا المالك بالقيد صحيحا قانونا . فالدين العقارى لصالح المالك يجد فى الحقيقة سبب إنشائه ، فى إنشاء رهن (غير حيازى) صحيح . ولهذا فإن إنشاء الرهن الباطل هنا ، لا يوافق عناصر الدين العقارى لصالح المالك (٢) Eigentümergrundschuld

وعلى كل حال ، يجب ألا تكون عناصر التصرف الجديد ، أشد من عناصر التصرف القديم . فمثلا فيما يتعلق بالشكل ، إذا كان التصرف الباطل يستلزم الشكل

---

(١) المقرر له الحق هنا ، لم يكن شخصا معينا وإن صحة عقد لصالح شخص غير معين غير معروفة لقانون المداينات . من رأى آخر RG. 128/246 .

(٢) Schönwetter ص٢٢ يقر الحكم فى هذا الخصوص. ضد الحكم Manigk فى .Arch ص ٥٣١ ، Planck م ١٤٠ . وقد سببت المحكمة رفض التحول فى هذا الحكم بحجة أخرى كذلك ، هى أن المادة ١٤٠ لا يمكن التوسع فيها بحيث يوجه إعلان إرادة نحو إنشاء حق آخر ولصالح شخص آخر . وفيما يتعلق بهذا التسبيب انظر فيما بعد .

الكتابى والتصرف الجديد يتطلب الشكل الرسمى فإن التحول يكون ممتنعا (١) .

وإلى هذه النتيجة ينتهى Michaelis كذلك (٥٦٧) حين يتطلب، أن يكون المضمون الواقعى للتصرف الجديد ، قد وجد ، فى نقطه الجوهرية — لا فى تكييفه القانونى .. تعبيرا موضوعيا عنه فى التصرف الباطل ، حتى ولو أن الطرفين ليسا بحاجة إلى أن يكونا فى الحالة الفردية ، قد فكرا فى تصرف من هذا النوع وفى أثره القانونى .(٢)

وكخلاصة لذلك نستطيع القول ، بأن إعلان عناصر التصرف الجديد فى التصرف القديم غير متطلب على الإطلاق .

ويقر Küntzel (ص ١٩ — ٢٤) وجهة النظر هــــذه أيضا ، وإن كان على أى حال يتحفظ ، فيرى أنه مراعاة لمصلحة من يوجه إليه الإعلان (أو إذا كان التصرف يسرى فى مواجهة شخص ثالث ، فمراعاة لمصلحة هـذا الشخص) وحماية المعاملات ، يمكن أن يتطلب إعلان مضمون التصرف فى مواجهته ، أما إذا لم تقم هذه الحاجة ، فإن إعلان المضمون لا يكون على الإطلاق متطلبا (٣).

---

(١) ولا تخلط بهذه المسألة، مسألة ما إذا كان التصرف الجديد يمكن أن يخرج فى آثاره عن التصرف القديم ؟ إذ فى هذه الحالة يتوقف الأمر لا على التوافق وإنما على الإرادة الفرضية للطرفين . فمثلا ما إذا كان رهن الحق (الشخصى) يمكن أن يتحول إلى حوالة ، فإن ذلك يتقرر تبعا لما إذا كان الطرفان فى ذلك الوقت وتبعا للظروف كانا يعقدان الحوالة. وعلى عكس ذلك فإن تحول الإنابة التجارية إلى كمبيالة يتحدد تبعا للنصوص التى تقرر عناصر الكمبيالة وعناصر الإنابة . ولما كانت العناصر المطلوبة للكمبيالة أكبر من تلك المتطلبة فى الإنابة التجارية ، فإن مثل هذا التحول يكون غير جائز ، حتى ولو أمكن فى واقعة الحال التسليم بأن الطرفين كانا قد يريدان الكمبيالة . قارن Schönwetter ص ٢٢ ، Finger ص٧٢.

(٢) Schönwetter ص ٢٠ ، ٢٢ ، ٢٣ ؛ Neumann فى J. Jahrb. 1924 م ١٤٠ البند ٢ ، Voss ص ٤٥ ، Küntzel ص ١٩ ، ٢٠ ، Fischer ص١٦، ١٧، ٦٥ : Bichmann ص ١٥ ، ١٦ ، Finger ص ٧٢ ، Wiechell ص ٢٠ ، ٢١ . v. Brasch ص ١٣٥ ، Michaelis ص ٥٦٧ ، Manigk. A, ص ٥٢٩، ٥٣٢ ، Siller ص ١٦٥ .

(٣) ونقطة البدء عنده أن مضمون تصرف ما هو إعلان الغرض الاقتصادى أو الاجتماعى أو أى غرض عملى آخر باعتباره قد أريد das Gewollterklären وليس إعلان غرض قانونى باعتباره مرادا . (وهذا هو تحديد Danz للمضمون: التفسير Auslegung ص١٥)، وبهذا يظل من الممكن أن يكون مضمون التصرف معلنا ، بينما أنه يكون طبقا للنظرية الأخرى =

ويعارض Wiechell (ص ٧٨) هـذا الرأى ويعتقد أن إعلان الغرض العملى المراد ليس ضروريا بصدد الحاجة إلى حماية المعاملات التى يصادف التحقق منها صعوبات كبيرة جداً ، ويؤدى إلى قلقلة غير عادلة فى نطاق التحول .

ويذكر Schönwetter (ص ٢١ ، ٢٢) معلقاً على هذا (رأى Küntzel) أنه لا يمكن أساساً استلزام قرابة داخلية بين التصرفين ، ويؤيد الفقه والقضاء الحديث هذا الرأى .

= (إعلان غرض قانونى باعتباره قد أريد) بصدد نفس الواقعة غير معلن . لهذا يتطلب أن تكون الآثار العملية للتصرف الجديد قد وجدت تعبيرا عنها Zum Ausdruck kommen فى التصرف الباطل ، ويعتقد أن هذا الإعلان ينتمى إلى عناصر التصرف . ففى التحول يقوم أثر التصرف الجديد على إرادة منشأة تصورية . والإعلان المتجه إلى الغرض المقصود بالتصرف الأول يوافق هذه الإرادة فقط ، إذا كانت آثار التصرف الجديد معادلة أو آثاراً أقل فقط . فإذا نشأ عن التصرف الجديد آثار أخرى ، فيظل طريق واحد مفتوح وهو بناء الإرادة الفرضية دون إعلان عن طريق التصور (الإنشاء) . وهذا هو الوضع طبقا لنظرية الإرادة الباطنة . أما طبقا لنظرية الإعلان والتى تتسق فى صعوبة مع نص المادة ١٤٠ ، فإنه إذا أريد تحقيق آثار تخرج عن آثار التصرف الأول ، فيجب البدء بإعادة تكوين الإعلان حتى يمكن الفصل على أساس هذه الإرادة الأخرى .

وهو يبرر استلزام هذا الإعلان بمقتضيات حماية التعامل والثقة التى بدونها لا يمكن أن تقوم حياة اقتصادية نشطة ، والتى لا تكتفى ، حتى طبقا لنظرية الإرادة الباطنة ، بالإرادة الباطنية ، ولهذا تستلزم إعلان هذه الإرادة الباطنية . وإن رعاية من يوجه إليه الإعلان تقتضى أن يعلن الأثر العملى المراد فى مواجهته وعلى الأقل فى الحدود التى تمس مصالحه .

ولكن فى هذا يجد استلزام الإعلان حدوده إذ لا حاجة لأن يقدم الإعلان معلومات عن النقط التى اعتبرها الطرفان معا غير جوهرية . وبزوال ضرورة حماية الثقة ، تتقهقر كذلك حدود استلزام الإعلان إلى حد كبير حتى تسقط نهائيا . وهو يقر رأى Fischer من أنه لا حاجة لوجود إعلان وارد على مضمون التصرف الجديد ، وإنما بالاستثناء الذى يتضمنه هذا التحفظ فقط . ويتطلب كعناصر خارجية Typisch مميزة الشكل المطلوب قانونا ، وفى التصرفات الصادرة من جانب واحد والتى لا تحتاج إلى استلام الإعلان على الأقل ، وفى التصرفات المحتاجة إلى استلام الإعلان إلى طرف آخر معين ، وفى العقود تراضى الطرفين . ثم أهلية الأداء والسلطة فى التصرف . أما مدى استلزام إعلان عن المضمون فيما عدا ذلك فيتحدد فى كل حالة واقعية على حدة .

الفصل الثالث عشر

ضابط التوافق

إلا أن التصرفين يجب أن يكونا مربوطين برابطة مشتركة ما . وتوصف هذه الرابطة عادة بأنها رابطة الغرض المقصود أصلا . وقد ذكر البروتوكول(ص٢٦٢) نفسه « أنه .... فيما يتعلق باستبقاء التصرف المقبول (الجديد) يكون الفيصل هو الإرادة الموجهة إلى الغرض الاقتصادى ökonomisch » . ويقر الفقه والقضاء وجهة النظر هذه . فالفيصل فى ذلك إذن هو الغرض الاقتصادى الذى استهدف فى التصرف الباطل . ولكن هذا الغرض لا يلزم فى الحقيقة ، أن يكون مجرد غرض اقتصادى ، إذ يمكن أن يكونا غرضا اجتماعيا ، وفى قول أعم غرضا عمليا (١) .

وهذا هو ما يعنيه أيضا Regelsberger (٢) الذى يتطلب فى الحقيقة كشرط للتحول جميع عناصر تصرف مقارب ، ولكنه يدع ذلك جانبا حين يقرر : « عند الشك يجب الفصل بالاستبقاء ، إذا تحقق الغرض العملى الذى قصده الطرفان بالتصرف الأول فى جوهره عن طريق التصرف الثانى . فيجب افتراض أن العبرة لدى الطرفين هى بالغرض وليس بوسيلة معينة للغرض . بل إنهما يفضلان حتى ولو تحقيقا جزئيا لهذا الغرض عن عدم تحققه إطلاقا » .

وليس من الضرورى فى ذلك ، أن يتحقق بالتصرف الثانى الغرض الذى قصد بالتصرف الأول كله ، اقتصاديا كان أو غير ذلك . فيكفى أن يتحقق ولو جزئيا فقط بل وحتى أن يتحقق شىء مشابه له فقط ، طالما أنه لا يمكن افتراض أن هذا لم يكن ليوافق إرادة طرفى التصرف .

---

(١) فارن Siller ص ٧٠ ،

(٢) Pandekt. ج ١ ص ٦٣٨ .

فالغرض العملى ، هو إذن المعيار الفاصل فى التحول . فهو الجواب عن السؤال متى يتوافق التصرفان(١) .

ولكن التحول لا يمكن أن يؤدى إلى أن يحل محل التصرف الباطل تصرف آخر غير موافق ، لمجرد أن الطرفين كان من المحتمل أن يبرماه(٢) . بل أكثر من ذلك فإنه يجب التحقق بدقة مما إذا كان التصرف الباطل يقدم النقط الجوهرية لذلك .

ويمكن التثبت من هذا ، فى واقعة الحال فقط . وبهذا فقط يصبح من الممكن إحلال تصرف آخر بدلا من التصرف الباطل ، تشابه آثاره ، فى أوسع مدى ، التصرف المقصود أصلا . ويجب فى ذلك فحص إعلان التصرف فى مجموعه . وفى هذا الفحص يجب ألا يسقط جزء من واقعة التصرف خارج نطاق البحث .

ولهذا يمكننا القول بأن التوافق بين العناصر والغرض فى كل من التصرفين يلعب دوراً مزدوجا فى طريق التحول . فهما الدليل المرشد فى هذا الطريق ، إذ يبينان موضوعيا objektiv إمكان تطبيق التحول . فهما من ناحية يمكننان القاضى من تطبيق التحول ، ولكنهما يقيدان كذلك تطبيق التحول ، إذ عندما يسقطان يظل كل إمكان لإجراء التحول خارجا عن الاعتبار .

لقد بينا أى الغرض المقصود يمكن أن يكون عمليا أو اجتماعيا أو اقتصاديا ، ولقد جعلناه ضابطا للتحول . ونعيد القول مرة أخرى ، أن الغرض بهذا المعنى هو الموجه لنا ونرفض وضع المسألة على أساس الغرض القانونى الذى نعتبره غير كاف (وقد سبق القول فيما تقدم ، أن غرض التصرف القانونى ليس هو الغرض القانونى فقط وإنما هو الغرض الاقتصادى أو العملى) .

وعلى أى حال فإن Siller (ص ١٦٩) يعارض وجهة النظر هذه ويدافع عن الغرض القانونى باعتباره الرابطة المشتركة بين التصرف الباطل والتصرف الجديد ويزعم ، كنتيجة لرأيه هذا ، أن التصرفات لا يحل بعضها محل البعض من حيث

---

(١) قارن Wiechell ص ٢٢ ، كذلك Betti ص ٤٠٩ .

(٢) RAG. 7/31 = Arch. Respr. 31/105

النوع (١) . ويسوق فى هذا الصدد قوله : إن المهمة التى تنشئها المادة ١٤٠ ، هى أن يحل محل التصرف الباطل ، أى ذلك الذى استهدف به هـذا الغرض القانونى ، تصرف يقاربه على قدر الإمكان . فإذا كان الغرض القانونى المقصود بالتصرف الباطل ، هو أساس إجراء التحول ، لهذا يكون من الطبيعى أن يثور السؤال عما إذا كانت التصرفات التى لا يكون لها غرض قانونى خارج عن أثرها المباشر ، يمكن أن يحل بعضها محل بعض فى معنى المادة ١٤٠ . ينفى هذا وينقد لذلك عدة أحكام صادرة من المحكمة العليا للدولة .

ففى مثل الدوطة Mitgift ، تحول الوعد ، ولكن رابطة الغرض المشترك بين كل من التصرفين وجدت فى مقابلة بين الملكية وحق الانتفاع : ولهذا قد يمكن الظن بأن التصرفات العينية dingliche قد يحل بعضها محل البعض الآخر عن طريق التحول ، وفى هذا المثل ، يتعثر هذا الزعم عند عنصر القيد فى السجل العقارى . ولكن هذا العائق يسقط إذا تصورنا بدلا من العقـــار شيئا منقولا أو حقا شخصيا . أما أن تحول نقل الملكية الباطل إلى إنشاء حق انتفاع يكون ممتنعا فيتضح فورا إذا وضع الإنسان النتائج واضحة تحت نظره ، من أنه طبقا لذلك يمكن تبعا للظروف أن يحل حق الانتفاع بأثر عينى ومطلق محل تصرف نقل الملكية الباطل مباشرة . وهذا لا يتفق مع الاستقرار القانونى . وفضلا عن هذا فتقوم على ذلك اعتراضات فقهية begrifflich أيضا . فمن البديهى أنه لا مكان لتحول حق عينى إلى حق آخر مباشرة ، إنما تتحول فقط بل ولا يمكن أن تتحول إلا تلك التصرفات التى من أثرها إنشاء الحق العينى أو تساهم فى تكوين واقعة إجمالية تؤدى مباشرة إلى إنشاء الحق العينى دون أن يكون لها فيما يجاوز ذلك غرض آخر . لهذا يجرى الكلام عن الطبيعة المجردة والشكلية للتصرفات (المتعلقة بالحقوق) العينية مختلفة الأنواع فيما يتعلق بتوافقها فيما بينها فى العناصر . وصحة هذا فى الحوالة ليست أقل من صحته فى التصرفات المتعلقة بالحقوق العينية. ولنفس هـذا السبب أيضا فإن تحول رهن باطل (غير صحيح unwirksam) لحق إلى حوالة للحق (RG. 70/353) يكون بناء على هذا الأساس نفسه ممتنعا كذلك .

(١ ــ ترجمة) أى يقصد أن التصرف الباطل لا يمكن أن يتحول إلى تصرف جديد من نوع Typ يختلف عن نوعه .

فإذا كان التصرف التنفيذى العينى[1] باطلا ، أما التصرف الأساسى صحيحا ، فلا مكان طبقا لهذا لأى تحول . فإذا تحول التصرف العينى ، فيكون هذا ليس له إذن سبب cuasa . أما تحول التصرف الأساسى فى نفس الوقت فينقصه شرط البطلان وهذا هو أحد الأسباب التى من أجلها لم يكن يمكن أن يصادف التحول فى حكم المحكمة العليا للدولة RG. 108/146، أى نجاح .

وقد سبق أن بينا أن اختلاف نوع التصرفات ، مهما كان كبيرا ، لا يعوق التحول ، لهذا يمكن مثلا أن يتحول تصرف عينى إلى تصرف منشىء لالتزام . وهذه هى وجهة نظر المحكمة العليا للدولة التى يعتبرها Siller غير صحيحة . وقد سبق أن ناقشنا فيما سبق مثلى الدوطة وحوالة الحق . ولم يأت Siller هنا بجديد فى ذلك ، لهذا فإننا نتمسك برأينا ضد رأى Siller .

ثم ينقد Siller بعد ذلك حكم المحكمة العليا للدولة الذى يعالج القضية[2] التى كانت فيها حوالة رهن (غير حيازى) قيدى Buchhypothek باطلة ، لأنه كان فى الواقع رهنا (غير حيازى) سنديا Briefhypothek وكان باعتباره هذا قد أحيل فعلا ، ولكن نشأ عند ذلك حق للمحيل ضد المحال الأول فى استرداد الحوالة Rückübertragungsanspruch . وقد أجازت المحكمة العليا للدولة RG. التحول ومقتضاه أن أمكن استبقاء الحوالة الباطلة باعتبارها حوالة لحق استرداد الحوالة إلى المحال الظنى vermeintlich لسند الرهن . فنحن هنا أمام تغير واقع على محل الحوالة ، أى يجاوز تغير المضمون ، ويتعين النظر إليه باعتباره تغيرا فى النوع .

يعارض Siller هذا الحكم ويعترض عليه بأن هذا القول لا يمكن إطلاقا قبوله وإلا كانت النتيجة أن الحوالة الواردة على المحل الثانى واللاحقة لحوالة المحل الأول تذهب سدى بسبب التحول ، ثم يزعم أن نتيجة الحكم لا يمكن تبريرها إلا عن طريق التفسير . وتعليلا لذلك يقول أنه يمكن بداهة التسليم بأن التصرفات العينية قابلة للتفسير ، وإن كان من الممكن أن تكون حدود التفسير بصددها ضيقة .

---

(١) — ترجمة) هو التصرف الذى يتم به إنشاء الحق العينى فعلا بعد الاتفاق على تقرير هذا الحق لأحد الطرفين فى التصرف المنشىء الالتزام . ومثله عمل التصرف Verfügung وعقد التخلى Auflassung .

(٢) RG. "Recht." 1909. Nr. 3032 .

فإذا أحال شخص رهنا (غير حيازى) فإن الحوالة يمكن دون تردد تفسيرها بأن كافة الحقوق التى تتعلق بالرهن سواء كانت عينية أو شخصية من حيث النوع Art تكون قد أحيلت أيضا[١] .

ولكن v. Brasch [٢] يجد هذا الرأى متهافتا ، فإن الرفض المطلق للتغير لا يتعارض أساسا مع عامل المصلحة الذى تتضمنه المادة ١٤٠ ، إذا نشأ عن ذلك تغير فى الشىء الوارد عليه التصرف . ولا يكون هذا إطلاقا هو الوضع فى حالة ما إذا دار الأمر حول معرفة أى الحقين المحالين إلى نفس الشخص ومن نفس النوع يمكن اعتباره قد أحيل حوالة صحيحة . فبدلا من الرهن (غير الحيازى) الذى كان قد أحيل فى هذا المثل ، كان يمكن للطرفين أن يتراضيا على جعل حق استعادة الحوالة محلا لعقدهما . فإن الأثر القانونى للتصرف الثانى هو لا شك أثر آخر ، ولكنه أثر « موافق » . وليس عامل المصلحة وحده هو الذى يجيز هذا فقط ، وإنما تتوافر كذلك الشروط الموضوعية للتحول . فاعتراض Siller إنما هو قياس كاذب فى فقه المبادىء ein begrifflisher Trugschluss كما يتبين ذلك من التفسير القائم على أساس فقه المصلحة . وذلك أن الأمر هنا ليس أن محلين ينظر إليهما باعتبارهما منفصلين عن بعضهما وقد حولا فى تصرفين مختلفين أحدهما مستقل عن الآخر ، وإنما أكثر من هذا فإن المحيل إنما يستطيع فقط أن يتصرف تصرفا صحيحا قانونا فى ذلك الذى لم يكن قد حوله فعلا من قبل . فحوالة سند الرهن التى كانت تمت فعلا ، قد « ضيقت » إلى حق استعادة الحوالة ، فالمحيل لم يستغرق بعد القدر الذى كان يمكنه فيه أن يتصرف . فالحق الباقى له فى استعادة الحوالة أمكن لذلك أن يحال هو الآخر فيما بعد ، وبذلك فإن ما استخلصه Siller لا يمكن ، على الوجه الذى يجب أن يفهم به ، أن يعترض التحول .

---

(١) ولنفس السبب كذلك ينقد أيضا الحكم RG. JW. 1915/656 الذى تقوم فيه العارية المتفق عليها باعتبارها تسليما غير مباشر طبقا المادة ٩٣٠ والباطلة من الناحية الفنية begrifflich باعتبارها علاقة قانونية أخرى ويزعم أنه يقوم على تفسير . وينتهى إلى النتيجة : أنه طبقا لهذا الرأى (رأيه هو) تكون ثمة تصرفات أخرى كذلك لا يحل بعضها محل البعض من حيث النوع : وينتمى إلى ذلك أولا التصرفات المسماة بالتصرفات التابعة مثل الإنذار (التنبيه) وحق الفسخ والإبطال ... الخ . وهنا يقر رأى المحكمة العليا للدولة فى الحكم RG. 105/206 والذى وصف تحول إعلان فسخ بأنه غلط قانونى .

(٢) ص ١٣٠ وما بعدها .

فالواضح إذن ، بغير شك ، هو أن الغرض « العملى » هو الذى يجب إقامة الأمر على أساسه . وقد اتخذت المحكمة العليا للدولة (RG. JW. 1910/810) هذا الغرض العملى معيارا ، وصرحت بعكس رأى Siller تماما ، بالرغم من أن الأمر يدور حول عقد متعلق بالتزام بدلا من عقد متعلق بحق عينى ، فإن ذلك لا يكون محل نزاع ، إذ أن النتيجة العملية والغرض الاقتصادى يكاد يكون واحدا . كما أن محكمة الاستئناف (KG. OLG. 10/140) حكمت كذلك بتحول تصرف إلى آخر ذى مضمون مختلف وآثار مختلفة ، كما أن المحكمة العليا للدولة (RG. JW. 1910/467) R.R. أجازت تحول تصرف متعلق بالمداينات Schuldrecht إلى آخر متعلق بالمواريث .

فالمعيار الأساسى الذى يجب التمسك به هو أن العبرة بالغرض الاقتصادى والعملى لا بالقانونى[1] .

الفصل الرابع عشر

حالتا الأثر الأقل والأثر الأكبر

أولا — الأثر الأقل Die Minuswirkung :

يزعم بعض الكتاب[2] أن حالة مجرد الأثر الأقل ليست فى حاجة إلى تحول ، أو إلى أنه لم تكن هنا ثمة حاجة إلى ذكر التحول بصفة خاصة فى القانون ، لأن مجرد الأثر الأقل إنما يستبقى عن طريق المادة ١٣٩ . وفى هذا يذكر Fischer مثل الوعد بالهبة الوارد على ١٠٠٠ مارك والذى يتضمن وعدا مماثلا واقعا على

(١) قارن Bichmann ص ١٦ ، v. Brasch. ص ١٣٥ والكتاب الآخرين .
(٢) Voss ص ٤٤ ، Rutenbeck ص ٢٧ ، Fischer ص ١٦ .

٥٠٠ مارك فقط . ففى ذلك تكفى هنا المادة ١٣٩ ، أما المادة ١٤٠ فيمكن بل يجب أن تظل خارج الاعتبار .

ولا شك أن هناك حالات يمكن فيها بداهة أن يتجزأ عمل تصرف Verfügung باطل فى مجموعه إلى تصرفات كثيرة وتستبقى من ذلك الأجزاء الصحيحة فقط . فهنا تسرى بداهة المادة ١٣٩ طالما أن الإرادة الواقعة على الأكثر تتضمن الأقل .

ولكن فى الكثير الغالب ، يكتسب التصرف عن طريق الأثر الأقل طابعا قانونيا مختلفا ، ويكون من المتجاوز فيه جداً ، القول عموما أن مثل هذا التصرف يكون دائما هو نفس التصرف الأصلى ، أو أن المادة ١٣٩ كانت تكفى فى هذه الحالة . فهنا يكون الأقل فى الغالب شيئا آخر aliud : فحق الحبس آثاره أقل من آثار عقد التوريث ، ومع ذلك فإن المادة ١٤٠ تنطبق بغير جدال . والتنبيه غير المحدد المدة هو تصرف « آخر » فى معنى المادة ١٤٠ غير التنبيه محدد المدة ، والتفويض الذى لا يمكن الرجوع فيه هو « آخر » غير الذى يمكن الرجوع فيه ، وتسرى المادة ١٤٠ هنا أيضا ، لأن مجرد تغيير المضمون لا يعوق تطبيق التحول ، كما فى الأحوال التى يتغير فيها طرف التصرف أو محله حيث يدور الأمر حول مجرد تغيير المضمون مع الإبقاء على صورة التصرف نفسها .

أما نحن فنرى أنه يمكن القول ، أن التصرف الجديد غالبا ما ينتج آثارا أضعف من آثار التصرف المقصود أصلا ، وهنا تنطبق المادة ١٤٠ بغير جدال . وحتى Fischer نفسه يقصر رأيه على التصرفات من جانب واحد ، إذ أنه يسلم أن مجرد الأثر الأقل يكون فى العقود التبادلية شيئا آخر « aliud » . وفى ذلك يسوق المثل التالى : استبقاء عقد بيع بثمن قدره ٥٠٠ مارك بدلا من ١٠٠٠ مارك هو فى الظاهر مجرد أقل ، إذ أن إعلان البائع أنه يبيع بألف مارك لا يتضمن بداهة الإعلان بأنه يبيع بخمسمائه مارك . فلا يمكن فى العقود التبادلية الكلام إطلاقا عن استبقاء أقل Minus متضمن فعلا فى إعلانات الطرفين .

فنحن نرى لذلك ، أن وجهة النظر الأخرى التى لا تستبعد حالة الأثر الأقل من نطاق التحول هى الصحيحة ، طالما أن هذا الأقل هو فى الواقع شىء آخر « aliud » .

ثانياً — الأثر الأكبر Die Mehrwirkung .

ولن ينغلق التحول كذلك إذا كان التصرف الثانى يخرج فى آثاره عن التصرف الباطل . إلا أن التحول قد يتعذر هنا على أى حال ، بسبب تخلف الإرادة الفرضية للطرفين ، فمثلا لا يمكن فى واقعة الحال ، افتراض أن المدين كان يحمل نفسه بالتزام أكبر ، إذا لم تقم دلائل جوهرية على ذلك .

ويبين Voss[1] أن التصرف الجديد لا يمكن أن يكون ذا أثر أكبر من التصرف الباطل ، ويجب ألا يقف معه فى صدد هذه العلاقة على قدم المساواة . فعقد التوريث الباطل يوافق تصرف الإرادة الأخيرة ، أو الكمبيالة الباطلة توافق سند الالتزام التجارى ، ولكن العكس غير صحيح لأن عقد التوريث يتضمن آثاراً أكثر من تصرف الإرادة الأخيرة ، وتتضمن الكمبيالة أثراً أكبر من أثر الإلتزامات الناشئة عن سند الالتزام التجارى .

ولكن Voss يخلط فى ذلك حالة الأثر الأكبر بحالة العناصر الأكثر ، حقيقة أنه يجب ألا يتطلب التصرف الجديد عناصراً أكثر من التصرف الباطل ، ولكن لا يوجد أى قيد فيما يتعلق بالآثار . وفى المثل الذى قدمه يدور الأمر حول عناصر أكثر لأن الكمبيالة أو عقد التوريث تتطلب عناصراً أكثر من سند الدين التجارى أو تصرف الإرادة الأخيرة ، ولهذا يكون التحول ممتنعا .

وفى هذا يجب مراعاة أن فارقا كبيراً يقوم بين حالة الأثر الأكبر وحالة العناصر الأكثر ، وأن كلتى الحالتين يجب عدم خلطهما بعضهما ببعض على أية حال .

وإنما يجب مراعاة أن عنصر الإرادة الفرضية يجب أن يكون متوافرا . فإذا رجحت الحقائق الواقعية هذا الافتراض ، فإن المادة ١٤٠ تكون منطبقة . لهذا فإن تحول صلح باطل وارد على ٢٠ مترا مربعا أرض بناء إلى صلح وارد على ٣٠ مترا مربعا عند توافر مقابل أعلى يكون جائزا .[2] كذلك يمكن استبقاء رهن حيازة باطل وارد على حق باعتباره حوالة للحق أو تفويضا بالقبض ، والوصية الجماعية

---

(١) ص ٤٤ وما بعدها .

(٢) Fischer ص ٨١ .

الصادرة من غير أحد الزوجين باعتبارها عقد توريث .(١) وحق الشفعة العينى بثمن محدد باعتباره تأشيرة بالتخلى(٢) Auflassungsvormerkung .

الفصل الخامس عشر

عنصر الشكل

إن أحد عناصر التصرف الجديد التى يجب أن يوافقها التصرف الباطل هى عنصر الشكل . فالشكل الواجب للتصرف الجديد يجب أن يوجد فى واقعة التصرف الباطل وإلا ظل التحول بسبب تخلف التوافق الموضوعى objektives Entsprechen خارجا عن الاعتبار .(٣)

ولا نجد هذا الشرط واضحاً فى المادة ١٤٠ من مجموعة القانون المدنى الألمانى أو المادة ١٤٠١ من مجموعة القانون المدنى المجرى ، كما نجده فى المادة ١٤٢٤ من مجموعة القانون المدنى الإيطالى .

ولكن هذا مفهوم على أى حال من شرط التوافق، إذ أنه إذا لم يتوافر عنصر الشكل اللازم للتصرف الثانى فى واقعة التصرف الباطل المقصود ، فلا يوافق التصرف الباطل عناصر التصرف الجديد ، ولا مجال إذن للمادة ١٤٠ . فالتصرف الجديد لا يكتسب الصحة إذا تخلف الشكل اللازم لذلك . لهذا لم يكن من اللازم ذكر هذا الشرط بصفة خاصة فى المواد ١٤٠ ، ١٤٠١ ، ١٤٤ من مجموعات

---

(١) قارن Siber فى RG. Festschr. III ص ٥٣٨ ، OLG. Darmstadt المنشور فى Hess. Rechtspr. 1914/211 ، رفض لأسباب واقعية فقط فى KG.OLG.30/19

(٢) RG. Seuff. A. 77. Nr. 142 ، قارن Finger ص ٦٧ ، Fischer ص ٨٩ ، Schönwetter ص ٢٩ ، Oertmann م ١٤٠ .

(٣) Enneccerus ص ٨٧٣ ، Fischer-Henle م ١٤٠ .

القانون المدنى الألمانى والمجرى والمصرى ، إذ أنه مقرر ضمنا فى التوافق .

لهذا فإن عنصر الشكل ليس فى الحقيقة إضافة إلى العناصر الموضوعية ، وإنما هو شرط لصحة التصرف الجديد فى الأحوال التى يحتاج فيها التصرف الجديد إليه . (١)

لهذا فإن ما أشار إليه الأستاذ سليمان مرقس من تحول إنشاء الرهن الرسمى الباطل من حيث الشكل إلى وعد بإنشاء رهن رسمى غير جائز ، لأن هذا (الوعد) يحتاج طبقا للمادة ١٠١ من مجموعة القانون المدنى المصرى إلى نفس الشكل المتطلب فى التصرف الموعود(٢) .

وعلى عكس ذلك ، فالأمر لا يحتاج إلى أن نبين أن التصرف الباطل ، إذا كان شكليا ، يمكن أن يتحول إلى تصرف موافق غير شكلى ، إذ هنا لا يحتاج التصرف الجديد إلى شكل خاص . ونحن نعالج هنا فقط الحالة التى يكون فيها التصرف الجديد تصرفا شكليا .

وحينئذ يعترضنا السؤال ، هل يمكن أن يتحول التصرف المقصود إذا كان شكليا إلى تصرف « آخر » شكلى هو الآخر ؟

قد يمكن الاعتراض بأنه لا يكفى للوفاء بالشكل اللازم لتصرف معين ، أن يكون الطرف فى التصرف قد استوفى نفس الشكل (أو على وجه مقارب بعض الشىء) فى تصرف مختلف تماما يلزمه بطريقة مشابهة فقط أو ليست أشد . فشدة الشكل لا تدع مكانا لأى علاج .(٣)

وعلى نقيض هذا الرأى ، أجابت المحكمة العليا للدولة .RG بالإيجاب على هذا السؤال ، ورأت بجواز تحول تصرف شكلى إلى تصرف شكلى آخر ، وقد عالج

(١) v. Brasch ص ١٤٠ .

(٢) الدكتور سليمان مرقس . التأمينات العينية بند ٤٣ . وقارن الدكتور شفيق شحاتة ، التأمينات العينية ص ٨٠ . وقارن فى القانون الإيطالى المادة ١٣٥١ التى تبطل العقد الابتدائى الذى لا يقع فى الشكل المتطلب فى العقد النهائى . ويعلق عليها Betti ص ٥١٠ بأنها تستبعد تحول العقد النهائى الباطل لتخلف الشكل اللازم إلى عقد ابتدائى ، مثلا بيع العقار الذى لم يتم فى الشكل المطلوب لا يتحول إلى وعد بالبيع .

(٣) قارن v. Brasch ص ١١٩ . شك فى ذلك Oertmann ص ٥١٣ .

الحكم(١) القضية التالية ، كان الطرفان قد أرادا بإنشاء حق قرار وراثى إنشاء حق مزارعة وراثى فى الحقيقة ، وهو ما لا يجيزه القانون . وقد حولت المحكمة العليا للدولة هذا العقد إلى عقد مزارعة منشىء لإلتزامات لمدة تزيد على سنة طبقا للمادة ٥٦٦ التى تتطلب الشكل الكتابى ، فعنصر الشكل هذا كان قد استوفى خلال الشكل الرسمى اللازم لإنشاء حق القرار الوراثى .

ويشك Siller(٢) فيما إذا كان غرض المادة ٥٦٦ وهو أن يضمن للخلفاء القانونيين المؤجر والمالك علما كافيا بحقوقه والتزاماته ، يمكن أن يتحقق عن طريق عقد ، هو كما يستخلص من صريح مضمونه عقد إنشاء « حق قرار وراثى » ؛ ولكنه يقر الحكم ؛ إذ ثبت أن جميع النقط الجوهرية لعقد المزارعة كانت قد نظمت فى العقد الأصلى .

ويكون التحول كذلك جائزا ، إذا كان التصرف الأول باطلا لعيب الشكل نفسه . لهذا رأت المحكمة العليا للدولة .RG (٣) أن العقد الباطل شكلا طبقاً للمادة ٣١١ يمكن استبقاؤه طبقاً للمادة ١٤٠ ، وذلك بتجزئته إلى عقود منشئة لالتزامات بصدد هذه الأجزاء ، ولا تحتاج باعتبارها كذلك إلى الشكل ، ترد على الأشياء المنفردة الوارد عليها العقد .

ثم يقيم Siller هنا تحفظا مقتضاه أن ثمة نصوصا أخرى متعلقة بالشكل وخاصة فيما يتعلق بالعقارات ، يكون الغرض منها إنشاء مستندات توثيقية وهى بهذا تخدم الاستقرار القانونى ؛ ولهذا فإنها تتطلب مراعاة شديدة لها . فإذا كان إعلان إرادة طبقا لهذه النصوص باطلا ، وآخر صحيحا ، كان يمكن ، لو كانا خاليين عن قيد الشكل ، أن يحل أحدهما فى ذاته محل الآخر ، ولكنهما كانا مقيدين بالشكل فيجب أن يكون تحول التصرف الباطل إلى التصرف الآخر غير ممكن . فالشكل الرسمى للرضا بقيد الرهن (غير الحيازى) والتصديق عليه لا يستوفى إذن عنصر الشكل اللازم لقيد دين عقارى .

---

(١) RG. Warn. 28, Nr. 120 .

(٢) ص ١٧٦ .

(٣) RG. 76/1 .

أما فى رأى v. Brasch فيكون إجراء التحول حتى فى مثل هذه الأحوال جائزا أيضا . فالنص الذى يتطلب الشكل الكتابى لإلتزام الطرفين ويكون هذا كافيا فيه ، يكون كذلك قد استوفى تماما طبقا لمضمون المصلحة فيه ، إذا كان الطرفان قد أخضعا أنفسهما — فى الشكل الرسمى ، أى شكل أكثر شدة — لالتزامات أوسع مدى من حيث المضمون . وإن مراعاة المصلحة هذه فيما يتعلق بالشكل لا يعنى إحلال المصلحة محل الشكل ، وهذا يختلف أيضا عن التحايل على أوامر القانون التى تحاول المحافظة على الشكل نفسه بأن تظهر المصالح العامة أو الخاصة التى تؤدى إلى الإلزام بالشكل كما لو كانت قد حميت حماية كافية . فالشكل باعتباره نتيجة لتقدير من المشرع لا يمكن إبداله من هذا الطريق ، فهو يجب لذلك ، حتى من وجهة نظر فقه المصلحة ، أن يكون قد استوفى أيضا عند التحول(١) .

وإن تحول التصرفات الباطلة شكلا يتبرر أيضا ، كما قال Finger (ص ٧٨) بحق ، بأن كل نص خاص بالشكل إنما يعنى تضييقا للتعامل ، وأن تعثر تصرف ، خال فى ذاته من العيب ، لمجرد أسباب شكلية هو غير عادل دائما . أما اعتراض Schönwetter (ص٣٩) بأن نص المادة ١٤٠ لا يجب أن يؤدى إلى التحايل على نصوص الشكل التى نشأت عن أسباب متعلقة بالسياسة التشريعية فيؤدى (النص) عن هذا الطريق ، إلى تحقيق غرض كان لا يمكن أن يتحقق إلا بمراعاة نص الشكل (٢) ، هذا الاعتراض لا يمكن اتباعه .

فإنه لا يقع فى ذهن الشارع ، وهو ما عبر عنه Finger (ص٧٩) بوضوح ، أن يغلق على الطرفين ، بنص الشكل كل طريق آخر لتحقيق الغرض المقصود كذلك . فالمادة ١٤٠ إنما تفتح للمتعاقدين مثل هذا الطريق الآخر بالذات (٣) . وقد تبعت المحكمة العليا للدولة .RG ، فى قضاء مستقر وجهة النظر هذه(٤) .

---

(١) v. Brasch ص ١٣٦ — ١٤٠ .

(٢) كذلك أيضا Klausing فى JW. 1930/3761 ، Weil ص ٧٠ وما بعدها.

(٣) كذلك أيضا Obernesk ملحوظة فى JW. 1927/2127 ، Betti ص٥١١ .

(٤) 82/277 ؛ RG. 76/1 متعلقا بنص الشكل فى المادة ٣١١ ، RG.D.J.Z. 1909/321 متعلقا بالشكل المطلوب فى المادة ١٣ ، وكذلك 87/207 ؛ RG. 110/391 التى تحرر المادة ١٦٢٤ من الشكل المطلوب فى المادة ٥١٨ ولكن ليس من الشكل اللازم فى المادة ٣١٣ .

لهذا يمكن استبقاء كفالة باطلة شكلا طبقا للمادة ٧٦٦ باعتبارها أمرا بالضمان Kreditauftrag أو اشتراكا فى الدين Schuldbeitritt(١)

فإذا كان رهن (حيازة) حق رهن (غير حيازى) أو دين عقارى باطلا لعدم مراعاة نص المادة ١٢١٤، ١١٥٤ ف ١، ولكن كان تسليم سند الرهن (غير الحيازى) أو الدين العقارى قد تم، فإنه يمكن استبقاء إنشاء الرهن (الحيازى) الباطل شكلا، باعتباره إنشاء حق حبس على السند(٢).

وكذلك أيضا فإن تحول الوصية الرسمية الباطلة بسبب تخلف السند الرسمى فى إنشائها إلى وصية يدوية (بخط يد المتوفى) جائز، إذا كان المحرر الصادر عن المورث (م ٢٢٣٨) مستوفيا لعناصر المادة ٢٢٣١ف٢ (٣)

ويمكن أيضا، تبعا لرأى الكتاب المصريين، أن يتحول عقد البيع — وهو لا يلزم فيه الشكل الرسمى — الباطل لتفاهة الثمن، ولكنه استوفى الصورة

(١ — ترجمة) الدخول فى الدين وتسمى كذلك die kumulative Schuldübernahme أى تحمل الدين من أكثر من شخص واحد وتسمى أيضا Schuldmitübernahme أى الاشتراك فى حوالة الدين، وهى أن يدخل شخص آخر إلى جانب المدين فى الدين لا باعتباره مدينا احتياطيا وإنما باعتباره مدينا أصليا. فهى تختلف عن حوالة الدين فى أن المدين الأصلى لا يرتفع عنه عبء الدين إطلاقا بل يظل مدينا ومسئولا بكل الدين. وتختلف عن الكفالة فى أن مسئولية المتدخل ليست تبعية وإنما هى مسئولية أصلية فهى إشراك شخص آخر مع المدين الأصلى فى حمل عبء الدين فيكون كل منهما مدينا مسئولا أصليا عن الدين كله.

(٢) قارن RG. 51/86 ؛ JW. 1928/174 ؛ RG. 63/230، استبقاء حوالة على بياض باطلة واردة على رهن (غير حيازى) باعتبارها رهنا (حيازيا) لحق الرهن (غير الحيازى) أو إنشاء حق حبس على سند، وفيما يتعلق بالدين العقارى الأحكام التالية: RG. 124 ؛ 68/368 ؛ RG. 66/24.

(٣) كذلك RG. 140/320 ؛ وقارن 104/122 ؛ OLG, Braunschweig فى حكم المحكمة العليا هذا. Siller ص ١٧٦ وما بعدها، Weil ص ٦٩، v. Brasch ص ١٣٩ وما بعدها Schönwetter ص ٣٩، Finger ص ٧٨ وما بعدها؛ Mosco ص ٣١٩، Satta.

وتنص م ٢٢٣٢ تنشأ الوصية فى الشكل العادى وذلك إما: ١) أمام القاضى أو الموثق ٢) بإعلان مكتوب وموقع عليه من المتوفى بخط يده مع بيان المكان واليوم، م ٢٢٣٨: تنشأ الوصية بأن يعلن الموصى إلى القاضى أو الموثق إرادته الأخيرة شفاها أو يقدم إليه محررا مصحوبا بالإعلان الشفوى أن المحرر يتضمن إرادته الأخيرة. ويمكن أن يقدم المحرر مفتوحا أو مغلقا ويجوز أن يكون مكتوبا بخط يد الموصى أو بخط يد شخص آخر.

الرسمية مصادقة ، إلى عقد هبة وهو يستلزم الشكل الرسمي (١) .

وخلاصة لهذا يمكننا تقرير النتيجة التالية : إن الشكل اللازم للتصرف الجديد ، يجب أن يكون متضمنا في واقعة التصرف الباطل . ويكون التحول جائزا كذلك حتى وإن كان التصرف المقصود باطلا بسبب الشكل نفسه ، كما أن التصرف الباطل شكلا يمكن أن يتحول كذلك إلى تصرف شكلي آخر .

الفصل السادس عشر

التحول مع تغير الشخص

والاختلاف بين التصرف المقصود والباطل وبين التصرف الجديد قد يقوم أيضا على تغير في طرف الحق ، فمثلا عقد بين ا ، ب يتحول إلى عقد بين ا ، ج .

لهذا يمكن أن يتحول الإعطاء المتضمن في إرادة أخيرة(٢) letztwillige Zuwendung الصادر إلى اتحاد او مجموعة أموال قائمة على جمع أنصبة ، وفاقدة أهلية الأداء ، والباطل لأن هذه (الاتحاد أو الذمة) لا تملك الشخصية القانونية ، إلى عمل إعطاء صادر إلى أفراد الأعضاء (في الاتحاد) أو المشرف (في مجموعة الأموال) مصحوبا بتكليف بضم الأشياء المعطاة إلى الذمة الخاصة (المستقلة عن ذمة الأعضاء أو المشرف)(٣) .

---

(١) بهجت بدوي ص ٤٢٨ ، السنهوري : المصادر ص ٥٠٠ ، شفيق شحاتة : الالتزامات ص ٨٢ .

(٢) المقصود بالإعطاء هنا هو المعنى المادي dare أي سواء بمقابل أو بغير مقابل ، أي إخراج قيمة مالية أو شيء من ذمة المعطي وتوجيهه إلى ذمة المعطى إليه وإدخاله فيها . والمعنى اللغوي لتعبير Zuwendung هو التوجيه إلى : وقد ترجمها الدكتور محمود أبو عافية في التصرف المجرد بالتقرير في الذمة . ونحن نفضل هنا تعبير الإعطاء على أن يفهم بالمعنى الموضح هنا .

(٣) Oertmann م ٥٤ ، ١٤٠ ، عكس ذلك P. Meyer. Erbrecht بند ١٣ ، Staudinger م ٢٠٦٥ ، v. Tuhr ج ١ ص ٥٧٧ ، RGR. Komm. م ٥٤ ، وتبعا لهؤلاء يدور الأمر حول تفسير لا تحول .

ومن الممكن كذلك اعتبار أن الورثة أو المستفيد من إيصاء ببعض المال Vermächtnis يتحملون هذا التكليف أيضا[1] .

ولكن المحكمة العليا للدولة[2] RG قضت على عكس ذلك بعدم جواز التحول فى مثل هذه الأحوال ، إن المادة ١٤٠ لا يمكن تفسيرها بحيث يوجه إعلان الإرادة إلى إنشاء حق لشخص آخر باعتباره كان قد أريد أصلا ، وكان الأب قد قيد لصالح أبنائه القصر رهنا (غير حيازى) بقصد أن يكتسب هو بذلك دين المالك العقارى ، وكان فى الحقيقة قد أراد إنشاء تأمين عقارى لنفسه .

ولا يمكن إقرار هذا الحكم فيما يتعلق بأسبابه . أما نتيجته فيتعين إقرارها لأن العنصر الذاتى للتحول قد تخلف ، وهذا مالم يشر إليه الحكم . والحكم يكاد يكون منتقداً من جميع الكتاب . فهم جميعا يقرون جواز التحول مع تغير الشخص .[3]

وفى نفس الاتجاه يقع كذلك حكم المحكمة العليا للدولة RG·[4] فى القضية التالية : كان الأمر يدور حول إعمال الحق فى حصة امتياز (حصة تأسيس) تقررت عند إنشاء الشركة لأحد المؤسسين وظل معترفا بها عملا لمدة ٢٥ سنة ، وإن كان قد أغفل النص عليه فى النظام الأساسى للشركة . وقد رفضت المحكمة العليا RG. فى أسباب الحكم تحول هذا العقد المتعلق بالشركة وغير الصحيح إلى مجرد عقد منشىء لالتزامات وإن كان الغرض الناشىء للمدعى عن امتيازه يمكن تحقيقه اقتصاديا عن طريق عقد منشىء لالتزامات له نفس المضمون بينه وبين المدعى عليه ، إلا أن التحول يكون منغلقا لأنه يستحيل فى فقـــه المبادىء

---

(١) Finger ص ٩٤ ، Weil ص ٦٧ ، Oertmann أعلاه ، Strohal. Erbr. ج ١ بند ٤١ ، Kipp بند ١ ، Biermann ص ٦٢ ، RGR. Komm. م ٩٤ ، Staudinger م ٩٤ .

(٢) RG. 70/352 بقرة Warneyer ص ٢٥٦ — مع إشارة إلى : Savigny System ج ٣ ص ١٤٤ ، Planck ج ١ ص ٣٧٣ .

(٣) Fischer ص ٧٧ ، v. Brasch ص ١٣٥ ، Manigk ص ٥٣١ ، Michaelis ص ٥٦٥ ، Schönwetter ص ٢٨ ، Fischer-Henle م ١٤٠ ، Weil ص ٦٧ ، Finger ص ٦٧ .

(٤) RG. 105/132 .

begrifflich إحلال حق ناشىء عن عقد بين المدعى والشركة محل الحق المتراضى عليه بين مؤسسى الشركة والباطل شكلا .

ويلاحظ v. Brasch [١] على ذلك ، أن الغرض العملى المراد فى التصرف الأصلى ، وهو الحق الناشىء عن حصة امتياز المؤسس ، يمكن استبقاؤه بكامل مداه وبين نفس المتعاقدين وذلك عن الطريق القانونى الآخر الخاص بالعقد المنشىء للالتزامات ، وبذلك تكون العبرة دائما عند التساؤل عما إذا كان التصرف الجديد يوافق الأول . فتغير الصورة القانونية للتصرف فيما يتعلق ببرميه لا يمكن أن يعوق طريق التحول .

وقد أقرت المحكمة العليا للدولة نفسها جواز التحول مع تغير الشخص : « اتفق أب مع أولاده ، من زواجين مختلفين ، فى عقد رسمى على أن تظل تركة زوجتيه المتوفيتين قبله غير مقسمة حتى وفاته . أما بعد وفاته فتؤول كما تؤول تركته هو إلى جميع الأولاد على وجه التساوى ، وكان العقد باطلا باعتباره عقد توريث لعدم مراعاة المادتين ٢٢٧٩ ، ٢٢٢٣ ؛ وأما الغرض فلم يكن يمكن تحقيقه حتى ولو جزئيا على الأقل عن طريق عقد توريث ، لأن تركة الزوجة الثانية كان قد آل جزء منها إلى أبنائها فعــلا من قبل . فإذا كان الهدف المقصود وهو مراعاة التقسيم بين جميع الأبناء على وجه التساوى لا يمكن تحقيقه عن هذا الطريق ، فقد كان من الممكن — إلى جانب اتفاق الأبناء فيما بينهم على توزيع عناصر الذمة التى لا تنتمى إلى تركة أبيهم بالتساوى — اتفاقهم كذلك على نفس التوزيع بالنسبة لتركة أبيهم (م ٣١٢ ف ٢) إذ أن الشكل الرسمى المتطلب فى المادة ٣١٢ ف ٢ كان مكفولا ، وقد استبقت المحكمة العليا للدولة RG عقد التوريث الباطل باعتباره عقدا بين الأبناء باعتبارهم الورثة الشرعيين المستقبلين[٢]

فالحكم يأخذ إذن بوجهة نظر مقتضاها أن يكون التحول كذلك ممكنا ، إذا ما نشأ حق آخر لشخص آخر ، فإذا أمكن فى واقعة الحال تحقيق الغرض المقصود عن طريق عقد ، يختلف عن الأول اختلافا كبيرا لدرجة أنه ينشىء حقا آخر

(١) ص ١٣٥ وما بعدها .

(٢) عقد وارد على ميراث الغير .

لشخص آخر ، فإن التحول يكون جائزاً كذلك(٢).

وبهذا تكون المحكمة العليا للدولة .RG قد أقرت إذن جواز التحول مع تغيير الشخص ، ولا يعترض نص المادة ١٤٠ هذا الرأى ؛ إذ أن التصرف الجديد هو كذلك تصرف آخر غير التصرف المراد أصلا . فإذ لم تعترض ذلك الشروط الأخرى للمادة ١٤٠ وخاصة الإرادة الفرضية ، فإن التحول يكون فى هذه الأحوال منطبقا كذلك .

الفصل السابع عشر

صحة التصرف الجديد

إن التصرف الجديد يجب أن يكون كامل الوجود أى يجب أن يتضمن كل شروط الصحة العامة (مثل أهلية الأداء) والخاصة ، وإنما تنقصه بضرورة الحال الإرادة الموجهة إليه .

فالتصرف الجديد يجب ألا يكون باطلا ، ويجب كذلك ألا يصيبه نفس سبب البطلان الذى أصاب التصرف الأول ، وإلا كانت عناصره غير قائمة . فمثلا إذا أبرم قاصر لم يستكمل سن السادسة عشرة من عمره عقد توريث ، فلا يمكن أن يكون للتحول مكان ، إذ أن أهلية الإيصاء الواجبة فى هذه الحالة طبقا للمادة ٢٢٢٩ ف٢ تكون غير موجودة أى أن شروط التصرف الجديد غير موجودة كذلك .

ولكن لا يؤثر ، من ناحية أخرى ، على تطبيق التحول ، أن يكون عدم أهلية المتعاقد لإنشاء التصرف الآخر ، مثلا بسبب فقد أهلية الأداء ، قد وقع بعد

(١) قارن Schönwetter ص ٢٨ ، Finger ص ٦٧ ، v. Brasch ص ١٣٥ .

إبرام التصرف المقصود إذ أن التصرف الآخر يصح من بادىء الأمر ، باعتبار أنه أبرم مع التصرف الأصلي الباطل(١) .

وقد قضت المحكمة العليا للعمل (R.A.G.7/31) بأن سبب البطلان يجب ألا يصيب التصرف الآخر : وقد كان المدعي يشتغل لدى المدعى عليها معلما ، وطبقا للمادة ٦ من عقد التعليم المبرم وفقا للقانون ، كان يمكن فسخ علاقة التعليم إذا قام سبب قانوني للفسخ فقط طبقا للمادة ١٢٧ ب ، هـ مرتبطة بالمواد ١٢٣ ، ١٤٤ من قانون نظام المهن .Gew. O أو إذا كانت المدعى عليها قد أرغمت على إيقاف العمل كليا أو جزئيا . وفي حالة إنهاء العقد قبل موعده المحدد فإن المعلم يفقد كافة حقوقه . وقد أوقفت المدعى عليها نشاطها بموافقة رئيس الحكومة (المحلية) وأعلنت فسخ علاقة التعليم . ولما كان سبب الفسخ الخاص المتفق عليه في عقد التعليم لم يرد في لائحة العمل الملزمة في مؤسسة المدعى عليها، فإن هذا الاتفاق يكون قد خالف أمراً قانونيا ومن ثم باطلا . ولكن محكمة العمل بهالة LAO- Halle رأت تحول هذا الاتفاق الباطل إلى اتفاق على تحمل التبعة في حالة وقف نشاط المؤسسة . ولكن المحكمة العليا للعمل RAG قضت بحق بأن مثل هذا الاتفاق يكون كذلك طالما أنه يؤدي إلى إنهاء علاقة التعليم مع استبعاد كل مسئولية على المدعى عليها ، يجب اعتباره باطلا أيضا . إذ أن نتيجة كل من الاتفاقين ، وهي فقدان المدعي كافة حقوقه ، واحدة . فإذا كانت مثل هذه النتيجة لا يمكن تحقيقها طبقا لصريح نص المادة ١٣٤ حـ . من قانون نظام المهن .Gew. O فلا يمكن إجازتها عن طريق مثل هذا التحايل ، ولهذا كان التحول منغلقا(٢) .

ولكن هل يعني شرط صحة التصرف الجـــديد ، أنه يجب أن يكون مكتمل الصحة ؟ .

إن عبارة « يصح الآخر "so gilt das letztere" قد يمكن تفسيرها بحيث يجب أن يكون التصرف الثاني مكتمل الصحة . ولكنها لا تستتبع إطلاقا هذا المعنى . فغرض المادة ١٤٠ هو إنقاذ التصرفات المعيبة من مصير عدم الصحة الكاملة.

---

(١) قارن Schönwetter ص ٢٣ ، Siller ص ١٧٨ ، Rutenbeck ص ٤٢ ، Weil ص ٧٠ ، Finger ص ٦٩ ، v. Brasch ص ١٢١ .

(٢) Schönwetter ص ٢٣ .

ولا يتحقق هذا الغرض على وجه مباشر دائما . فكل إمكانية تؤدى إلى الهدف، يمكن ويجب أن تستغل . لهذا فلا يمكن أن يقوم فى شأن المادة ١٤٠ التى قامت على أساس حاجه المعاملات ، أى فرق بين ما إذا كان التصرف الجديد مكتمل الصحة من بادىء الأمر أو إذا كان لم يستوف فى تلك اللحظة كافة شروط الصحة ، ولكن كان تحقيقها متوقعا أو على الأقل محتملا . فن الأفضل بلا شك ، للطرفين اللذين وثقا فى قيام واقعة التصرف قانونا ، أن يكون تحقيق الغرض المقصود محتملا من ألا يحققا أى شىء(١) .

لهذا يمكننا القول أن التصرف الجديد ، يصح ، فى الحدود التى يكتسب فيها الصحة طبقا للنظام القانونى . ولكن نفس هدف المادة ١٤٠ ، الذى يؤدى إلى هذه النتيجة ، يجيز فقط كنتيجة للتحول ، تلك التصرفات التى تكون أقل تعيبا من التصرف المراد أصلا ، إذ أن هذا إنما أريد باعتباره صحيحا(٢) .

وتقر المحكمة العليا للدولة RG. 129/122 وجهة النظر هذه : كان أ ، ب قد أصبحا وارثين لأخيهما حـ الذى كانت ثروته تتكون بصفة أساسية من عقار . فأبرما عقدا رسميا باع فيه ا نصيبه فى الميراث إلى ب (م ٢٣٧١ ، ١٩٢٢) (٣) . وكان هذا العقد باطلا بسبب عدم صحة توثيق ثمن الشراء (م ١١٧) . وتقول المحكمة العليا أن العقد لا يمكن أن يصبح صحيحا ولا بانتقال عينى للحصة فى الإرث (م ٢٠٢٣) وأن تطبيق المادة ٣١٣ ف ٢ على سبيل القياس لا يمكن أن يكون محل كلام . وقد استبقت المحكمة العليا هذا العقد طبقا للمادة ١٤٠ إلى عقد تصفية الإرث (م ٢٠٤٢)(٤) إذ أن غرض العقد الأول بين ا و ب كان هو الوصول إلى تصفية تركة ج . وهذا الغرض يمكن تحقيقه على وجه مماثل خلال عقد طبقا للمادة ٢٠٤٢ لو علما ببطلان بيع الإرث . إلا أن العقد كان على أى حال يتطلب الشكل المنصوص عليه فى المادة ٣١٣ (التوثيق الباطل لأن الشراء جوهرى بالنسبة للمادة ٣١٣ — حكم المحكمة العليا للدولة RG. 104/269 ولكن يصحح

---

(١) Finger ص ٦٩ .

(٢) كذلك v. Brasch ص ١٢١ .

(٣ — ترجمة) م ٢٣٧١ العقد الذى يبيع الوارث بمقتضاه ما آل إليه من التركة يتطلب الشكل الرسمى أمام القاضى أو الموثق .

(٤ — ترجمة) م ٢٠٤٢ يستطيع كل وارث فى أى وقت أن يطلب تصفية التركة ...

عيب الشكل مناعن طريق المادة ٣١٣ ف ٢) . أما تصرف التخلى Auflassung اللازم فكان قد أعلن فعلا ، وكان يتطلب فقط القيد عن طريق قاضى السجل العقارى . وبمراعاة أن هذا القيد كان قد طلب وأجيب فعلا ، ولهذا كان سيقع حتما دون شك أقرت المحكمة العليا للدولة .RG إمكان التحول .

ففى هذه الحالة يتحول بيع التركة الباطل بسبب عيب الشكل إلى عقد تصفية ميراث، وهو فى بادىء الأمر باطل ولكن «قابل للتصحيح» إذ بذلك الطريق يمكن تحقيق الغرض المطلوب على نفس الوجه . وقد أخذت المحكمة العليا للدولة .RG بوجهة النظر هذه دائما(١) .

ومثل آخر للتحول إلى تصرف باطل قابل للتصحيح وهو المثل التالى المأخوذ عن Finger (ص ٦٩) : اتفق فى عقد باطلا شكلا طبقا للمادة ٣١١(٢) على نقل عقارات أيضا ، إلا أن هذا العقد يمكن استبقاؤه رغم تخلف الشكل المطلوب فى المادة ٣١٣ باعتباره عقدا محله نقل ملكية عناصر الذمة منفردة إلى المكتسب، إذا قام سبب قوى لتوقع أن عيب الشكل سوف يصحح بالوفاء ، كما إذا كان العقد قد نفذ إلى حد كبير فعلا . فمثلا لا يجب رفض الدعوى الشخصية لدائن المتصرف Veräusserer المستندة إلى المواد ٤١٥ ، ٤١٦ ضد من انتقلت إليه الملكية ، إذا كان المتصرف قد قام فعلا بكل ما يلزم لتصحيح العقد الباطل طبقا للمواد ٣١١ ، ٣١٣ ، إذا كان تصرف التخلى Auflassung عن العقارات الأخرى التى يشملها التصرف كذلك قد اتخذ فعلا ، ولكن القيد لصالح المكتسب لم يتم بعد .

وهناك مثل آخر كذلك : من الممكن استبقاء إعلان التنبيه من جانب واحد الصادر من القاصر والباطل «غير صحيح» طبقا للمادة ١١١ ، باعتباره إيجابا لعقد إنهاء (إقالة العقد المنبه به) الذى ينشأ إذا قبله الطرف الآخر ، ويكون

---

(١) 1931 / 308 ؛ JW. 1922 / 1166 ؛ H.R.R. 1927. Nr. 1403 ؛ D.R.Z. Nr.644 ؛ RG. 129/122 ؛ L.Z. 1929/575 ؛ Rutenbeck ص ٣١ ، Förster-Eccius ج ١ ص ١٩٧ ؛ Schönwetter ص ٢٤ ، Finger ص ٦٩ ، v. Brasch ص ١٢٢ .

(٢ ـ ترجمة) م ٣١١ : يتطلب العقد الذى يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين بنقل كل ذمته الحاضرة أو سهما (أى جزءا من الذمة كلها كالربع أو النصف وليس مالا معينا محددا) من ذمته الحاضرة أو بتحميلها بحق انتفاع ، الشكل الرسمى أمام القاضى أو الموثق .

موقوفا طبقا للمادة ١٠٨ ، إذ يقوم هنا على الأقل إمكان غدوه صحيحا ، بينما التنبيه الصادر من جانب واحد ، هو باطل نهائيا وغير قابل للتصحيح .

ويعقب Schönwetter (ص ٢٥) على ذلك بأن احتمال الصحة لا يكفى ، بل يجب أكثر من ذلك ، أن يكون غدو التصرف صحيحا مؤكدا ، وهو فى هذا المثل محل تساؤل ، إذ أن إقرار النائب (الوصى) يكون غير متوقع ، إذا كان لم يجز إعلان التنبيه أصلا . وهو يجيز التحول بهذا القيد فقط ، ثم يجعل من هذا القيد تحفظا عاما فى جواز التحول فى هذه الأحوال . لهذا يكون التحول ممتنعا ، وإن كان رفع العيب ممكنا فى واقع الأمر ولكنه غير مؤكد بأى حال ، إذ يكون تحقق الصحة الكاملة للتصرف معلقا على رغبة هذا الطرف أو ذاك ، وهذا يعنى قلقلة لا تستقيم مع التحول .

ويعتقد v. Brasch (ص ١٢٢) أن هذا القيد (إشراف التصرف على الصحة يجب أن يكون مؤكدا) لا يمكن بصفة أساسية تطلبه . ويترتب على ذلك طبقا للنص أن التحول يكون هنا ، فى جميع الأحوال إذن ، بكل تأكيد ، جائزا .

ثم يعقب على ذلك بأنه كما أن التحول إلى تصرف باطل قابل للتصحيح ممكن ، يمكن كذلك أن يدخل فى الاعتبار ، كنتيجة للتحول — كما يترتب على عامل المصلحة والإمكانيات الموضوعية — كل الأنواع الأخرى من التصرفات التى تكون أقل تعيبا من التصرف الأصلى ، مثل تصرف غير صحيح نسبيا أو موقوف ، إذا كان هذا الأخير أكثر إشرافا على الصحة من التصرف المراد أصلا .

ولما كان العنصر الموضوعى للصحة متوافرا كذلك فى التصرف القابل للإبطال ، فيمكن نظرا لذلك أن يكون هذا التصرف نتيجة للتحول . وفى هذه الحدود يقف التصرف القابل للإبطال مع كل تصرف آخر صحيح على قدم المساواة ، طالما أن العبرة فى التحول لا زالت متعلقة بعنصر التوافق فقط .

الباب الثالث

الشروط الذاتية للتحول

إن توافر العناصر الموضوعية للتحول (وهى أن يوافق التصرف الباطل عناصر تصرف آخر) لا يكفى وحده لوقوع أثر التحول وهو صحة هذا التصرف الآخر . بل يجب فضلا عن ذلك أن يتوافر العنصر الذاتى — وهو عنصر الإرادة . وفى ذلك تنص المادة ١٤٠ « .... يصح الآخر : إذا تبين أن صحته عند العلم بالبطلان كانت قد تراد » .

الفصل الثامن عشر

الإرادة الفرضية

إن التصرف المقصود أصلا ، هو — بغير نزاع — محل إرادة للطرفين موجودة حقيقة . فهل التصرف الجديد أراده الطرفان حقيقة كذلك أو احتمالا eventuell على الأقل ؟

١ — يجمع الفقه والقضاء الآن على أن التصرف الجديد لا يمكن أن يكون محل إرادة موجودة حقيقة . فإن الطرفين لم يفكرا إطلاقا فى بطلان التصرف ، بل ولم يكن يمكنهما التفكير فى ذلك ، إذ لما كانا قد أرادا صحة التصرف الأول حقيقة ، فلا يمكن أن يكون لهما إرادة حقيقية بالنسبة للتصرف الجديد . فهما

أرادا فى الواقع هذا التصرف الأول فقط ، لا التصرف «الآخر» ، لهذا لا يمكن أن يكتسب هذا التصرف «الآخر» الصحة بمقتضى إرادة حقيقية . فلا توجد أى إرادة حقيقية بصدد التصرف الثانى فى وقت إبرام التصرف الأول؛ وعلى هذا الوقت وحده يتوقف كل شىء . فإذا كان التصرف «الآخر» قد أريد حقيقة ، فإن صحته تستند مباشرة إلى إرادة الطرفين (طبقا للمادة ١١٧ ف ٢ أو ١٣٣) ولا مجال إطلاقا للمادة ١٤٠ ، إذ يكون إنشاء الإرادة طبقا للمادة ١٤٠ تزيدا . فالأمر فى المادة ١٤٠ لا يدور حول تفسير Auslegung أو تأويل Umdeutung (تفسير ضد صريح لفظ الإرادة) أو توضيح Interpretation لإرادة موجودة ؛ فمثل هذا الإجراء كان يمكن اتخاذه دون أدنى حاجة إلى نص المادة ١٤٠ وذلك على أساس المادة ١٣٣ أو المادة ١١٧ ف ٢ . فصحة التصرف الجديد لم تعلن ولم ترد ؛ وعلى هذا يكون استلزام إرادة باطنية محضة ، غير متطلب إطلاقا .

ولذلك فقد أكدت المحكمة العليا للدولة (RG. 110/392) ، أن الأمر فى التحول لا يدور حول تفسير إرادة طرفين موجودة حقيقة » .

لهذا تكون وجهة نظر Thöl (قانون الكمبيالة ص ١١٨ Wechselrecht) من أن التصرف الآخر ، يجب أن يكون قد أريد ، غير صحيحة . وعلى أى حال فإنه يفترض وجود هذه الإرادة إلى أن يقوم الدليل العكسى (١، ٢) .

ويؤيد هذا الرأى كذلك ، نص المادة ١٤٠ نفسه حين يقول أن التصرف الآخر يصح «إذا تبين أن صحته .... كانت قد تراد» . فلو كان يتطلب وجود إرادة حقيقية ، لوجب أن يقول «إذا كانت صحته قد أريدت» . لهذا فإن وجود إرادة حقيقية موجهة إلى التصرف الثانى لا يمكن أن يكون محل نظر .

وعلى أى حال فإن Wiechell (ص ٦١) يقول أنه من الممكن أن توجد

---

(١) تقوم وجهة نظره على النص I. 8. pr. D. 46. 4.
"An inutiles acceptilatio utile habeat pactum"

(٢) كذلك Finger ص ٧٣ ، Küntzel ص ١٨ ، Fischer ص ١٦ وما بعدها ؛ Voss ص ٤٨ ، Weil ص ٧٢ ؛ Bichmann ص ١٨ ، Rutenbeck ص ٥٢ ، v. Brasch ص ١٦ ، Wiechell ص ٥١ ، ٦٤ .

إرادة باطنية محضة متجهة إلى التصرف الجديد ، ولكنه يتطلب أن تكون هذه الإرادة باطنية محضة فقط وألا يكون من الممكن التعرف عليها إطلاقا . ولكن مثل هذه الإرادة الباطنية التي لا يعبر عنها إطلاقا ، ولا يمكن التعرف عليها بوسائل المعرفة البشرية ، لا يمكن أن تدخل في اعتبار رجل القانون ، ويجب أن تظل بالنسبة له خارج الحساب . واحتمال وجود مثل هذه الإرادة لا يكون أي استثناء من قاعدة عدم استلزام مثل هذه الإرادة .

وإذا كان Rutenbeck (ص ٥٢) و Volkmann (ص ٣١) و Küntzel (ص ١٨) يخضعون الحالة التي توجد فيها إرادة حقيقية متجهة إلى التصرف الثاني ، ولهذا يكتسب التصرف الثاني الصحة لأنه أريد حقيقة ، للتحول قياسا على المادة ١٤٠ لا بمقتضى هذه المادة ، فلا يكون هذا أي استثناء من المادة ١٤٠ . إذ أنهم يسلمون جميعا بأن صحة التصرف الجديد لا تستند حينئذ إلى نص المادة ١٤٠ وإنما إلى إعلان إرادة الطرفين . فالأمر يدور هنا إذن حول تفسير أو تصرف صوري ، أما التحول فهو منغلق تماما . وإن استعمال تعبير التحول في هذه الأحوال لا يغير الواقع من أن الأمر ليس مداره هنا أي تحول ، ولهذا يكون من المستحسن تجنب استعمال هذا التعبير في تلك الأحوال التي لا يجري فيها أي تحول .

لهذا فإن وجهة النظر (١) القائلة بأن الوصية الجديدة الباطلة تتحول إلى عدول عن وصية صحيحة سابقة ، ليس صائبا ؛ لأن العدول عن الوصية السابقة يقوم على إرادة للموصي موجودة حقيقة ، وقد ظهرت صراحة بإنشاء الوصية الجديدة ، وإن كانت هذه باطلة ؛ ولما كان ثمت إرادة حقيقية للطرفين موجودة ، فإن التحول يكون ممتنعا(٢) .

٢ — فإذا كان وجود إرادة حقيقية ، ليس فقط غير متطلب بل إنه يعوق إجراء التحول أيضا ، فهل يستلزم وجود إرادة احتمالية للطرفين بصدد التحول ؟

يتطلب الفقه القديم مثل Thöl و Unger و Wächter (٣) إرادة تحول احتمالية

(١) السنهوري — المصادر ص ٤٩٨ .

(٢) ولكنه يؤكد أنه لا يتطلب إرادة حقيقية ص ٥٠٣ . كذلك شفيق شحاتة الالتزامات ص ٨٢ ، بهجت بدوي ص ٤٠٨ ؟

(٣) Thöl في Handelsrecht جـ ٢ ص ٢٦ ؛ Unger في Inhaberpap. ص ٩٣ ؛ وفي Österr. Pr. R. ص ١٠٨ ، Wächter جـ ٢ ص ٦٧٢ .

وقد أخذ أحد أحكام المحكمة العليا للدولة (RG. 28/218) بوجهة النظر هذه كذلك : فقد قدم المورث إلى المحكمة وثيقة تحمل فى أعلاها عنوان «عقد توريث» بكتابة جاء فيها « هنا توجد وصيتى » وقد حاولت هنا المحكمة العليا أن تقرر أن المورث كان يريد احتمالا أن يكتسب عقد التوريث الباطل ، الصحة فى صورة الوصية (١) .

ويتطلب Römer (٢) كذلك « إتجاه الإرادة ولو احتمالا على الأقل » إلى التصرف الثانى . ولكن التصرف الآخر يستبق طبقا لتعريفه (ص ٧٨) « دون الإرادة الخاصة التى تتجه إلى ذلك » . فهو لا يتطلب طبقا لهذا التعريف إرادة تحول احتمالية . ويبين Rutenbeck (ص ٥٤) بصدد وجهتى النظر هذه ، أن التقرير الإحتمالى للإرادة (فى ص ٦٩) لا يتطلب أن يكون صادرا من الطرفين ، وإنما أن القاضى لا يستبقى التصرف الآخر فى واقعة الحال لمجرد أنه يمكن استبقاؤه لو نظر إليه من ناحيته الخارجية فقط ، وإنما يجب عليه أن يتثبت مما لو أن الطرفين كانا سوف يريدان التصرف الثانى ، لو كانا قد فكرا فى ذلك .

والرأى فى البروتوكول (٣) أن إرادة الطرفين لا يلزم أن تكون قد اتجهت عند إنشاء التصرف الباطل ، ولو احتمالا — إلى التصرف الآخر — إذ أن المادة ١٤٠ تقول « إذا تبين أن صحته عند العلم بالبطلان كانت قد تراد » .

وإن ملاحظة طريقة التعبير هذه بالمقارنة بالتشكلات التى اتخذها نظام التحول فى المراحل السابقة ، ليؤكد أيضا هذا الرأى . فالمادة ١٦٢ من مشروع درسدن استلزمت أن يكون « قصد المتعاقدين كان قد اتجه احتياطا Vorsorglich إلى ذلك » كما كان نص المادة ١١١ من المشروع الأول لمجموعة القانون المدنى الألمانى يجرى كالآتى . « إذا كان هذا مطابقا للإرادة المستخلصة من إنشاء التصرف الباطل » وبهذا يتبين بجلاء ، أن الاتجاه الاحتمالى للإرادة ، عند إبرام التصرف الباطل إلى التصرف الثانى ، الذى كان متطلبا فى المادة ١٦٢ من مشروع درسدن وفى المادة

---

(١) قارن Rutenbeck ص ٥٧ .

(٢) ص ٦٩ .

(٣) Mugdan ج ١ ص ٧٢٧ .

١١١ من المشروع الأول ، ليس متطلبا فى الصياغة الحالية للمادة ١٤٠ .

وعلى هذا فالفقه والقضاء مجمعان على أن مثل هذه الإرادة الإحتمالية ليست متطلبة . فالطرفان لم يكن يمكن أن يكون لهما أى إرادة احتمالية ، إذ أنهما لم يكونا يعرفان البطلان ولم يفكرا فى تصرف احتياطى على وجه الإحتمال ، بل إن هذه الإرادة الإحتمالية يجب فى الواقع ألا تكون موجودة وإلا كان معنى هذا أن الأمر يدور حول تفسير لا تحول(١) . ويقر القضاء هذا الرأى .

ويتطلب الفقه المصرى تحت تأثير Saleilles إرادة إحتمالية للطرفين . وسبب ذلك هو خلط التحول بالتكميل (التفسير المكمل) Ergänzung(٢) وهو مايؤكده سالى بصفة خاصة (ص ٢٢٠) (٣) .

٣ — فالمادة ١٤٠ لا تتطلب إذن بأى حال ، إرادة حقيقية أو احتمالية متجهة إلى التصرف الجديد . ولكن لما كانت الإرادة هى الركن الأساسى فى التصرف فلا يستطيع التصرف أن يخرج بدونها إلى الوجود . والواقع أن نص المادة ١٤٠ يتطلب كذلك أن يقوم التصرف « الآخر » على إرادة . ولكن هذه الإرادة ليست حقيقية ولا احتمالية ، وإنما هى إرادة غير حقيقية ein irrealer Wille أو فرضية (تصورية) hypothetischer W. ، وذلك أن النص يقول « إذا كانت صحته

---

(١) قارن Finger ص ٢٣ ، Rütenbeck ص ٥٤ ، Fischer ص ١٦ ، Voss ص ٤٨ ، Küntzel ص ١٨ ، Bichmann ص ١٨ ، v. Brasch ص ١٦٣ ، Wiechell ص ٦٦ ، Biermann ص ١٩٨ ، Enneccerus ص ٨٧٤ ، Kipp فى Windscheid ج ١ ص ٣٦٧ ، Betti ص ٥٠٦ .

(٢) OLG. Augsburg. Bay.Z. ؛OLG. Hamburg. 1911, Nr. 1267 . Z. 1925/214 .

(٣) يجب إدخال فكرة سلطة القاضى المكملة وليست المادة ١٤٠ إلا تطبيقا خاصا لها :

Il faut intervenir la notion du pouvoir supplétif du juge dont l'art 140, n'est qu'une application particulière.

كذلك أيضا : وليم سليمان قلادة — إعلان الإرادة فى القانون المدنى المصرى — رسالة القاهرة سنة ١٩٥٥ ص ٢٠٠ ، وطبقا لرأيه يكون التحول مجرد تطبيق للتفسير .

قارن كذلك بهجت بدوى ص ٤١١ ، السنهورى المصادر ص ٥٠٣ ، هذا الرأى يقوم على أى حال على أساس فهم خاطىء للقانون المدنى الألمانى الذى عرف فى مصر عن طريق التراجم والتعليقات الفرنسية . وأما السبب الآخر لذلك فهو ربط خاطىء بين هذه المشكلة ومشكلة الإرادة الباطنة والإعلان . قارن فيما بعد .

.... كانت قد تراد ». وقد أكدت المحكمة العليا للدولة(١) «أن مدار الأمر فى التحول ليس تفسير إرادة طرفين موجودة حقيقة وإنما البحث عن إرادة فرضية وهذه تعالج ماذا كان الطرفان يريدان لو كانا قد علما بالبطلان » . فالأمر يدور إذن حول مجرد إنشاء (بناء) Konstruktion (وليس إعادة إنشاء Rekonstruktion كما يقول Fischer ص ١٨) (٢) إرادة مفترضة ، فى واقعة حال مفترضة لا تقوم فى الحقيقة أبداً (٣) . وبهذا فإن هذه الإرادة التى تنقص التصرف الجديد سوف يعوض هذا التصرف عنها بإنشائها بنص المادة ١٤٠ (٤) .

هذه الإرادة غير الحقيقية أو التصورية هى الإرادة الوحيدة التى يتطلبها القانون لإجراء التحول . وهى وحدها العنصر الذاتى فى التحول . والفقه والقضاء متفقان فى أن هذه الإرادة غير الحقيقية هى معيار التحول وضابطه(٥)

---

(١) RG. 110/392 وكذلك RG. Warn. 1928. Nr. 8 .

(٢) قارن Finger ص ٧٣ ، Schönwetter ص ٢٥ .

(٣) Fischer ص ١٨ .

(٤) Rutenbeck ص ٥٨ ، Weil ص ٧٢ : بدلا من استعمال التعبير المتداول عادة وهو إرادة « فرضية hypothetisch » كان من الأحسن تأكيد أن الأمر يدور حول إرادة تصورية fingierter وليس مجرد إرادة لا يمكن إثباتها ، Finger ص٧٣ ، Küntzel ص ٢٣ ، Pappenheim ص ٤ ، Schulz فى كتاب Irrtum ص ٧٤ ، Siber فى RG.Festschr. ج ٢ ص ٣٥٦ .

(٥) الفقه المشار إليه أعلاه Wiechell ص ٥٩ ، v. Brasch ص ١١٢ ، شفيق شحاتة الالتزامات ص ٨٢ : التحول يفترض ألا يثبت أن الطرفين قد أرادا العقد الآخر وإلا كان هذا مجرد مسألة تفسير والنظم التى تجيز التحول تقيم فى الواقع قرينة قانونية فهى تفترض وجود إرادة احتياطية La conversion suppose qu'il n'est pas établi que les parties avaient voulu l'autre contrat. Ce serait autrement une simple question d'interprétation. Les Systèmes qui admettent la conversion édictent en fait une présomption légale. Ils supposent l'éxistence d'une volonté subsidiaire.

كذلك أيضا عبد الحى حجازى . المصادر ص ٣٢٩ ، إرادة مفترضة .

الفصل التاسع عشر

عدم العلم بالبطلان

حين تقول المادة ١٤٠ « ..... يصح الآخر إذا تبين أن صحته عند العلم بالبطلان كانت قد تراد » فإنها بذلك تبين بوضوح أن بطلان التصرف المقصود أصلا يجب ألا يكون معلوما للطرفين عند إبرامه . وهذا الشرط ينبعث من مبدأ التحول نفسه : فالطرفان أرادا التصرف الأول الباطل فى إقتناع جدى بأنه سوف يكون صحيحا ولهذا أبرماه . أما الحالة التى يكون فيها الطرفان قد علما ببطلان التصرف المراد حقيقة فتندرج تحت أحد الفروض الآتية : إما أن يكون المتعاقد لم يرد فى الواقع لا التصرف المبرم ولا أى تصرف آخر أى أنه لا يريد إطلاقا إبرام أى تصرف ، وبهذا لا توجد أى إرادة تصرف Geschäftswille . وإما أنه أراد التصرف الآخر فى الواقع ولو على سبيل الاحتياط على الأقل ، وهنا تنطبق النصوص القانونية الخاصة بالتفسير أو بالصورية ؛ وفى كلتى الحالتين لا يمكن أن يكون التحول محل نظر إذ أن إعماله يعارض إرادة الطرفين الحقيقية . وإنما إذا كان المتعاقد عند إبرام التصرف لم يعلم بالبطلان على الإطلاق ، فحينئذ وحينئذ فقط يقع التحول .

وقد بينت المحكمة العليا للدولة (RG. 69/326) هذا الشرط بجلاء حين قالت « أنه عند العلم بالبطلان (يكون) تحول التصرف المعروض (منغلقا) نظرا لتخلف إرادة إنشاء أثر قانونى ».

فإذا منح تاجر صغير شخصا آخر تفويضا (عاما Procura) وعلم أن منحه التفويض هذا باطل ، لأن كبار التجار هم الذين يستطيعون فقط منح مثل هذا التفويض ، فإن تحول هذا التفويض إلى توكيل بالتعامل يكون ممتنعا . إنما يكون

التحول جائزا إذا كان هذا البطلان غير معلوم له فقط(١) .

ويعالج v. Brasch (ص ١٧٨) هنا الحالة التى يكون فيها الطرفان قد علما ببطلان التصرف قانونا ولكنهما أرادا رغم ذلك تنفيذه العملى ، كما فى حالة تجاوز الحد الأقصى للسعر المقرر . ويذهب إلى تطبيق المادة ١٤٠ فى هذه الحالة ؛ ولكن ليس تطبيقا مباشرا وإنما على سبيل القياس، لأن القانون لا يشمل فى نصه هذه الحالات . وأساس هذا القياس أن المصلحة فى النص المحرم هى إبقاء التصرف فى كل الظروف (طبعا فى حدود السعر الجائز) ، وهكذا ينشىء عامل المصلحة هذا شرط المادة ١٤٠ ، بأن الابقاء على الغرض بغض النظر عن شرط العلم بالبطلان يكون مرغوبا فيه . وإن عامل المصلحة فى هذا الشرط هو نفس عامل المصلحة فى النص المحرم ، لهذا يكون الأول غير مستلزم .

ولكن هذه الحالة لا تكون أى استثناء من المادة ١٤٠ ، لأن v. Brasch نفسه يسلم بأن الأمر لا يدور حول تطبيق للمادة ١٤٠ وإنما حول قياس عليها .

وقد كان مشروع المادة ١٤٤ من مجموعة القانون المدنى المصرى ينص أولا على أن يصح العقد الآخر « لو أنهما (الطرفان) كانا يعلمان ببطلان العقد الأول ..... » وقد حذفت هذه العبارة فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ بحجة أنها تزيد ؛ هذا فى أول الأمر ، ثم أخيرا بحجة أن المسألة نيط أمرها بالنية ولا محل للتقييد بعد ذلك بالعلم أو بأى ظرف آخر مادام أن الأمر سيرجع فى النهاية إلى تقدير القاضى .

وهذا يدلنا على أى حال ، على أن القانون المدنى المصرى يتطلب كذلك هذا الشرط ، وفضلا عن ذلك فهو دليل على أنه لا يتطلب لا إرادة حقيقية ولا احتمالية التحول (٢) .

---

(١) Finger ص ٧٣ ، Weil ص ٧٢ ، Voss ص ٤٦ ، Wiechell ص ٦٦ ، v. Brasch ص ١٧٧ .

(٢) قارن السنهورى : المصادر ص ٥٠٠ ، بهجت بدوى ص ٤٢١ ، شفيق شحاتة : ص ٨٢ .

الفصل العشرون

وقت إعمال التحول

معيار التحول وضابطه هو الإرادة غير الحقيقية فى وقت إبرام التصرف الباطل . فالأمر يدور حول إنشاء إرادة ، كانت تكون للطرفين فى هذه اللحظة حتى ولو أنهما فى الواقع لم يفكرا إطلاقا فى أى تصرف آخر ، إذ لما كان غرض المادة ١٤٠ هو الوصول بإرادة الغرض der Erfolgswille التى للطرفين إلى اكتساب الصحة عن طريق آخر غير الذى قصداه أصلا ، تكون العبرة إذن بتلك اللحظة فقط التى ظهرت فيها الإرادة الأصلية . ولا يمكن أن تنسحب عبارة « عند العلم بالبطلان » إلى وقت آخر غير وقت إبرام التصرف ، إذ بعد ذلك يكون البطلان معلوما للطرفين ولهذا يكون التحول ممتنعا[١] .

ولا قيمة لكل ما يريده الطرفان بعد أن أصبح البطلان معلوما لهما ولا لكل ما وقع من حوادث فى وقت لاحق على إبرام التصرف الباطل[٢] .

أما الإرادة اللاحقة فيمكن أن تكون مجرد استدلال (موجه) Indiz يتلمس منه ما كان الطرفان قد يريدانه فى ذلك الوقت . وهى مع ذلك مجرد استدلال Indiz وليست بأية حال قرينة على أن الطرفين كانا يريدان التحول وقت إبرام التصرف لأنهما يريدانه الآن[٣] .

---

(١) 110/391 ؛ RG. 48/231 ؛ RG. Seuff A. 80, Nr. 116 ؛ OLG. Kiel Schlesw. Holst. A. 1911/11 ؛ Warn. 1920 Nr. 8

(٢) RG. 1927/1531 ؛ LZ. 1929/575 .

(٣) JW. 1927/1531 L G I. Berlin. قارن Finger ص ٧٣ ، Schönwetter ص ٣٠ ، Fischer ص ٧ ، ١١ ، Cohn ص ٥٤ ، Cosack جـ ١ ص ٢٣٩ ، Wiechell ص ٦٠ ، v. Brasch ص ١٦٢ .

الفصل الحادى والعشرون

الكشف عن الإرادة الفرضية

لما كانت الإرادة الفرضية هى معيار تطبيق التحول ، لهذا يتعين علينا الآن أن نشرع فى الإجابة على السؤال ، كيف تستكشف هذه الإرادة غير الحقيقية ؟ متى يمكن افتراض أن التصرف الثانى كان قد يراد عند العلم ببطلان التصرف الأول؟.

إن الكشف عن هذه الإرادة يضع واجبا شاقا أمام القاضى ، إذ يدور الأمر حول البحث عن الإرادة التصورية فى وقت إبرام التصرف الباطل وهى إرادة لم توجد فى الواقع ولم يفكر فيها الطرفان إطلاقا . ولكن لا يمكن إعمال التحول دون التثبت من هذه الإرادة وتقريرها إذ أن كل إمكان لإعمال التحول يكون بدون هذا الشرط الذاتى منغلقا . ولكن كيف يتثبت من هذه الإرادة ؟ .

لا يوجد فى نص المادة ١٤٠ أى موجه Direktive فيما يتعلق بطرق هذا الكشف . فالمشرع قد سكت ولم يبين لنا طريق التثبت من هذه الإرادة . فهو قد ترك وبحق هذا العبء للقاضى والفقه . إذ ليس من المستحسن أن يحاول المشرع نفسه أن يقوم بمثل هذه المهمة لأن أى تنظيم تشريعى سوف يكون إما تضييقا لنطاق التحول أو ضابطا بالغ الجمود يؤدى فى العمل إلى نتائج لا يمكن احتمالها .

وإن ممكنة بل ضرورة أن يقوم القاضى فى مثل هذه الأحوال بكشف الإرادة الفرضية معتمداً على ما تثبت منه من واقع موضوعى ، طبقا للقواعد العامة فى التفسير ولها مرونة معينة ، ليوافق حاجات العمل ومقتضيات العدالة أكثر من تنظيم تشريعى جامد ، يؤدى بلا ضرورة إلى تضييق نطاق سلطة القاضى التقديرية .

أما التثبت من هذه الإرادة الفرضية فيجب البحث عنه كما يقول الجميع فى واقعة التصرف الباطل ، ويتعين كشف الإرادة الفرضية من هذه الواقعة .

أولا : —

١ — ولكن هذا يجب ألا يعنى أن الإرادة الحقيقية الموجهة إلى التصرف الباطل يجب أن تكون متجهة كذلك إلى التصرف الجديد . إذ معنى ذلك أن

التصرف الجديد كان قد أريد حقيقة مع التصرف الباطل فى نفس الوقت ؛ وحينئذ يكون التحول ممتنعا كما سبق القول . فالأمر لا يدور حول تطبيق Verwendung إرادة الطرفين الحقيقية على التصرف الجديد ، وإنما كما قال Wiechell (ص ٦٥) بحق ، حول الإفادة Verwertung من هذه الإرادة الحقيقية بالنسبة للتصرف الجديد فى الحدود التى تتمثل فيها باعتبارها إرادة منصبة على غرض معين (وهى لهذا موضوعية objektiviert) .

فمثل ذلك الرأى يؤدى إلى أن يكون التعرف على الإرادة المتجهة إلى التصرف الجديد ، إنما يتم عن طريق التفسير (أى أنه مجرد تطبيق للتفسير) وهذا ما سبق أن بينا عدم صحته . فجوهر الإرادة المحددة الغرض هو كما يقول v. Brasch (ص ١٦٤) أنها موجهة إلى غرض كامل التحديد ، سواء كان قانونيا أو واقعيا . ولا يمكن مع هذا الزعم بأن الإرادة التى لها هذا الطابع ، يمكن اعتبارها قد أعلنت فى نفس الوقت كذلك بالنسبة لكل جزء من الغرض الكلى المقصود . فالإرادة الحقيقية قد انصبت فى الواقع على الأثر القانونى الكامل والأكبر . ولكن المشكوك فيه هو أن تكون هذه الإرادة المعلنة تنسحب كذلك على التصرف المتضمن فى التصرف الباطل ذى الآثار القانونية الأضعف حتى يمكن القول أنها وردت آليا على هذا التصرف ضمنا كذلك . إذ أن الطرفين فى المعتاد، لم يفكرا إطلاقا فى احتمال بطلان التصرف الذى أبرماه أو تعيبه بعيب آخر ، أى أنهما لم تكن لهما إذن إرادة حقيقية بأن يحل تصرف آخر احتمالا مكانه (١) .

فالتفسير لا يمكن أن يغنى عن التحول . لهذا يجب أن تظل كل محاولة لتطبيق الإرادة الحقيقية على التصرف الجديد مستبعدة . إذ فى هذه الأحوال سوف يكون مدار الأمر ليس تحولا وإنما تفسير طبقا للمادة ١٣٣ .

٢ — ويربط فقه الشريعة العامة هذه الإرادة الفرضية بالغرض القانونى للتصرف . فالتحول يقع « فى الحدود التى يتحقق فيها نفس الأثر القانونى فى جوهره

---

(١) كذلك أيضا Biermann ص ١٩١ ، Oertmann م ١٤٠ .

عن طريق التصرف الثانى[١] . فالفيصل هو إذن الغرض القانونى للطرفين وليس الوسيله القانونية[٢] .

وتتطلب المذكرة الإيضاحية Motive كذلك[٣] إرادة الغرض القانونى ويتبعها فى ذلك بعض الكتاب . فيفترض أن التصرف الجديد كان قد يراد إذا كان الغرض القانونى المقصود من الطرفين يتحقق فى جوهره كاملا أو جزئيا عن طريق التصرف الثانى[٤] .

ويعقب على ذلك Siller [٥] الذى يأخذ بهذا الرأى أيضا ، بأن هذا الافتراض Fiktion إنما يأمر القاضى بأن يقرر ما فكر فيه الطرف أو الطرفان، موضوعين أمام الخيار : إما أن يظل التصرف المبرم ولكن الذى لا يمكن تصحيحه ، باطلا ؛ وإما أن يصح تصرف آخر يقاربه فى الأثر القانونى بصفة تامة أو جزئية . أما وجوب أن يكون تصور حالة الاضطرار هذه هو الأساس الذى أراده المشرع لتقرير الإرادة فيتبين من الحجة التالية :

إذا كانت نقطة البداية هى حرية إرادة الطرف أو الطرفين الخالية عن كل تأثير ، فإن الجواب على مسألة الإرادة — فى الأحوال التى يكون فيها التصرف ، قد كان فى حد ذاته جائزا قانونا ولكنه كان غير صحيح قانونا ، كما لو كان لم يقع مثلا فى الشكل القانونى اللازم — من وجهة نظر ذلك الذى يتمسك بالتحول ، كان يجب أن يجرى عادة بأن إنشاء تصرف آخر كان سوف يرفض . أما الفائدة الرئيسية لهذا القيد الموضوع خاصة عن طريق عامل الإرادة ، فيتبين بالذات فى أن التصرف الآخر يجب ، فى كل حال ، ألا يحمل من يجرى التحول ضده ، التزامات أكثر من التصرف المقصود أصلا .

٣ — ولكن إقامة الإرادة الفرضية على أساس الغرض القانونى لا يمكن التسليم به ، لأن لكل تصرف نتائج قانونية محددة ، تختلف فى العادة تمام

---

(١) Windscheid بند ٨٢ خامسا .

(٢) Römer ص٧٨، ٧٩، Weisengrün ص١٧، Unger فى Österr. Pr.R. جـ ٢ ص ١٠٧ .

(٣) جـ ١ ص ٢١٨ .

(٤) Mattias فى Lehrb. بند ٥٥ ، قارن Wiechell ص ٦٥ ، Rutenbeck ص ٥٩ ، Voss ص ٤٨ .

(٥) ص ١٨٣ .

الاختلاف عن الأثر القانونى لتصرف آخر . فضلا عن أن هـذا الرأى مقترنا بذلك القيد من أن التصرفين يجب أن يكونا فى هذه العلاقة على الأقل ، شديدى التشابه ، يؤدى فى الكثير الأغلب من الأحوال إلى عدم جواز التحول[١] .

لهذا يقول Siller (ص ١٨٥) نفسه بأن الحالة التى ينشىء فيها التصرف الآخر نفس المركز القانونى مثل التصرف المقصود ، تكاد تكون غير متصورة . فالقاعدة هى أن من كان يجب أن يستفيد من التصرف الباطل ، يجب أن يتحمل بعض الخسارة . ولكى تفى المادة ١٤٠ بغرضها ، يجب فى الفصل فى مسألة الإرادة أن يظل كل احتمال لإعادة إنشاء التصرف الباطل صحيحا ، خارج الاعتبار .

والنتيجة الضرورية لهذا الرأى أن التحول يكون جائزا فقط إذا كان التصرف الجديد يعتبر أقل Minus بالنسبة للتصرف الباطل ، وحينئذ لم يكن هنا ثمة ضرورة لنص المادة ١٤٠ .

لهذا يكاد يكون هذا الرأى مرفوضا من الجميع .

٤ — أما البروتوكول[٢] فيأخذ على عكس المذكرة الإيضاحية بأن ضابط الإرادة الفرضية هو الغرض الاقتصادى . أما مجموعة القانون المدنى فلا تتضمن قرينة لصالح أو ضد أحد الرأيين ، ولكن أغلب الكتاب والأحكام تصدر عن وجهة النظر هذه . فافتراض الإرادة غير الحقيقية إنما يتوصل إليه عن طريق الغرض الاقتصادى أو الاجتماعى أو العملى . لهذا فقد أكدت اللجنة الثانية بكل صراحة : « أن الفصل فى استبقاء التصرف الجديد مرجعه إرادة الطرفين المتجهة إلى الغرض الاقتصادى ökonomisch » . ونجد هـذه الآراء كذلك فى حكم المحكمة العليا للدولة RG[٣] قالت فيه « لا يوجد فى سند إذنى باطل بهذا الاعتبار ، أى دليل على أن إرادة الطرفين اتجهت إلى السند الإذنى على سبيل القصر ، بحيث ينهار ببطلانه كل التزام ، بل إن المقصود هو وضع صاحب الحق فى حالة بحيث يستعيد من الساحب المبلغ الذى دفعه له »[٤] . ويستبقى التصرف الثانى

---

(١) كذلك Wiechell ص ٦٣ — ٦٦ .

(٢) بروتوكول ٢١ ، VIII ف جـ ١ ص ١٢٧ .

(٣) RG. 48/223 .

(٤) كذلك RG. Recht. 1911. Nr. 1267 ؛ RG. Warn. 1917 Nr. 79

— من وجهة النظر هذه . إذا كان يمكن عن طريقه تحقيق الغرض الاقتصادى المقصود بالتصرف الباطل هو نفسه كاملا أو جزئيا أو حتى غرضا مقاربا . ويؤدى إلى ذلك قبل كل شيء ، القول بان كل وسيلة قانونية تحقق للطرفين غرضهما المراد ، تكون صحيحة[(1)]. فإنشاء تصرف ما ، ليس فى ذاته غرض المتعاقدين وإنما هو وسيلة لتحقيق غرضهما . فهما يريدان بذلك الوصول إلى نتيجة عملية ، فهذا الغرض العملى هو الطابع الجوهرى للإرادة ، وهو الدليل المرشد فى كشف هذه الإرادة .

لهذا يمكن فى رأينا ، أن يتحول فى القانون المصرى ، الرهن الرسمى المقيد والباطل بسبب تعيب الشكل إلى رهن حيازة عقارى مع اشتراط بقاء العقار فى حيازة الراهن ، وهذا (الرهن الحيازى) جائز فى حد ذاته . لأن الغرض العملى فى كل من التصرفين هنا هو نفسه وهو كفالة تأمين للدائن . فضلا عن أن الرهن الحيازى المتحول والمقترن بهذا التحفظ يشابه الرهن الرسمى من كل وجه .

٥ — أما التعرف على هذا الغرض العملى الذى أراد الطرفان تحقيقه فيجب البحث عنه فى واقعة التصرف الباطل . أما ما إذا كان هذا الغرض يتحقق على نفس الوجه أو على وجه مشابه عن طريق التصرف الآخر ، فيتم الكشف عنه بالاستناد إلى نص القانون وعلى أساس بحث واقعة الحال . فإذا كان هذا الغرض الاقتصادى المقصود يمكن تحقيقه فى النطاق الأكبر من المعاملات عن طريق تصرف آخر ، فيكون من المقبول بوجه عام ، افتراض أن التصرف الآخر قد يراد من الطرفين[(2)].

٦ — ويكون افتراض الإرادة غير الحقيقية مؤسسا كذلك ، حتى ولو كان الغرض العملى المقصود يتحقق ولو جزئيا فقط عن طريق التصرف الثانى . وقد قالت المحكمة العليا للدولة RG. 110/391 صراحة ، أنه من الممكن إطلاقا

---

(١) Oertmann ؛ OLG. Hamburg. "Recht". 1911. Nr. 1282 مادة ١٤٠ .

(٢) كذلك Finger ص ٧٥ ، Schönwetter ص ٣٧ ، Weil ص ٧٢ ، Wiechell ص ٦٦ ، Fischer ص ١٩ ، Bichmann ص ٢٠ ، Dernburg ؛ Endemann ؛ Reicher فى Pr. Z. f. A. 104/1 يتكلم عن تصرف جديد متجه إلى نفس القصد ، متحد فى القصد gleichstrebig .

أن يفترض فى الظروف العادية ، أن الطرفين كانا يرضيان بتحقيق غرضهم جزئيا أو بتحقيق غرض مشابه » .

فتحقيق نتيجة أقل لا يعوق طريق التحول ، إذا لم يقم دليل على إرادة عكسية . فنى التصرفات الملزمة لجانب واحد ، يمكن بصفة عامة ، افتراض أن المعلن كان يكتفى إطلاقا بالأقل(١) . أما فى التصرفات الملزمة لأكثر من جانب فقد ينتج عن استبقاء هذا « الأقل » تخلف عنصر تراضى الإرادتين . ويضرب Manigk (٢) لذلك مثل تحول الوعد بالكفالة الباطل لأنه لم يقع فى الشكل المطلوب ويعقب عليه بأنه « حتى لو كان الكفيل فى هــــذه الحالة كان قد يعطى تكليفا بفتح إعتماد Kreditauftrag (٣) فإن هذا لا يوافق قصد الدائن » .

وقد أجازت المحكمة العليا للدولة (RG. 66/25) تحول رهن حيازة إلى حق حبس بحجة أن العبرة لدى الطرفين هى بالغرض الإقتصادى من إنشاء تأمين ، الذى يمكن تحقيقه كذلك ولو بقدر أقل عن طريق الاتفاق على حق الحبس .

وفى مثل الدوطة Mitgift (RG.110/391) ينتج التصرف الثانى آثاراً أقل من التصرف الأول (تحول نقل ملكية باطل وارد على عقار أعطى كدوطة إلى إنشاء حق إنتفاع لمدى الحياة) ، حقيقة أنه لم يكن فى حالة نقل الملكية المقصود « أى قيد على حرية المستفيدين فى التصرف فى العقار ، بينما أنهما كصاحبى حق انتفاع مقيدان قانونا ، وقبل كل شىء ، اقتصاديا ؛ ولكن هذا لا يعوق التحول ، إذ يمكن هنا افتراض أن مكتسبى العقار كانا يكتفيان بالالتزام بإنشاء حق انتفاع لمدى الحياة (٤) .

---

(١) كذلك RG. JW. 1927/1531 .

(٢) Manigk A. ص ٥٢٠ .

(٣ـ ترجمة) Kreditauftrag فتح الاعتماد هو أن يكلف الشخص آخر بأن يدفع لثالث مبلغا من المال من حسابه هو لا من حساب المكلف . فتختلف عن الإنابة فى أن المنيب إنما يأمر المناب عليه بأن يدفع المناب من حساب المنيب نفسه ؛ فالمكلف بفتح الاعتماد يقف أمام المكلف باعتباره كفيلا إلى جانب المدين .

(٤) إذ طبقا للواقع الثابت كان العقار قد أعطى كدوطة . فغرض التصرف كان إذن هو تمكين المدعى عليهما من منفعة العقار . فإذا كان لا يمكنهما أن يصبحا مالكين ، فقد كان فى اعتبارهما إقرار إنشاء حق انتفاع على الأقل . فليس مما يعوق التحول أن يتحقق الغرض المقصود جزئيا فقط .

٧ — ولما كان تحقيق الغرض العملي (كذلك Schönwetter ص ٣٧) هو المعيار في افتراض الإرادة غير الحقيقية ، فلا حاجة إذن بأي حال لأن يكون التصرف الجديد كان واقعا في تقدير المتعاقدين إطلاقا . فمن المحتمل أن هذا التصرف كان غير معلوم لهما . فإذا ما تطلب وجوب أن يكون المتعاقدان على علم بإمكان تحقيق الغرض المقصود عن طريق آخر ، فإن هذا يعترض غرض المادة ١٤٠ وهو مساعدة الطرفين اللذين أبرما التصرف باطلا بسبب عدم إلمامهما بالقانون . فالسؤال هو إذن ، أي تصرف كان المتعاقدان يريدانه لو كانت الإمكانيات القانونية المختلفة قد بينت لهما من جانب ذي خبرة . لهذا تكون المحكمة العليا للدولة (١) قد أخطأت كما لاحظ Finger (ص ٧٧) حين رفضت تحول كمبيالة باطلة على أساس (من بين أسباب أخرى) أن الطرفين لم يكن يخطر لهما أن يفكرا في مثل هذا التصرف غير المعتاد استعماله .

ومن الممكن كذلك أن يتبين عند الكشف عن الإرادة الفرضية ، أن الطرفين نفسهما لم يكن لديهما إدراك واضح ، أي غرض اقتصادي يريدان تحقيقه . ففي حكم المحكمة العليا للدولة(٢) كان مالك عقار قد تخلى في محرر خاص عن عقاره «كرهن حيازة (تأمينا) لديون (شخص ثالث) » . فكان المطلوب هنا هو إنشاء تأمين ولم يكن الطرفان على أي حال ، على علم بكيفية تنفيذه قانونا . وما قد يكون محل اعتبار هنا هو إما إنشاء رهن (غير حيازي) عقاري أو الاتفاق على إنشاء تأمين . وقد حولت المحكمة العليا للدولة التصرف الباطل إلى إلتزام بإنشاء رهن غير حيازي . ومن المحتمل أن الطرفين كانا قد يتفقان على الالتزام لو علما أنه يمكن من هذا الطريق إنشاء تأمين . إلا أن الأمر يحتاج هنا إلى التثبت من تراضي الإرادتين بحيث يكون الدائن راضيا بهذا الإلتزام ولم يكن يتطلب تأمينا عينيا حالا .

وبهذا القيد فقط يقر Schönwetter (ص ٣٩) هذا الحكم (٣) .

ثانيا :

لما كانت المادة ١٤٠ لا تقدم أي نقط إرتكاز في إفتراض الإرادة غير الحقيقية ،

---

(١) H.R.R. 1929, Nr. 2073 .

(٢) JW. 1929/70 .

(٣) Finger ص ٧٦ ، Schönwetter ص ٣٧ ، Küntzel ص ٢٥ .

لهذا يجب الآن التساؤل عما إذا كان الغرض العملى المقصود هو الوسيلة الوحيدة للتثبت من الإرادة الفرضية أو توجد عدا ذلك وسائل أخرى للتعرف على هذه الإرادة ؟ .

ولا نجد فى الفقه جوابا مباشراً عن هذا السؤال . فيقال عموما ، أن الغرض المقصود بالتصرف هو — فى المحل الأول — الفيصل فى افتراض الإرادة غير الحقيقية (١) ، أو أن جميع الظروف التى تكون منتجة فى استخلاص الإرادة الفرضية ، يجب إدخالها فى الحساب ، أى قبل كل شىء ، المفاوضات الأولية الاحتمالية بين الطرفين ، و نواياهما ، وحقيقة واقعة الحال ، وكذلك إرادتهما الحالية ، إذ لو أراد أحد الطرفين التحول الآن فيمكن عموما افتراض أنه كان يريده فى ذلك الحين أيضا (٢) .

أو كما تقول Weil (٣) فى وضوح ، أنه يجب فى الكشف عن الغرض المراد من الطرفين ، إدخال كافة العناصر الفردية فى الاعتبار بطبيعة الحال ، بحيث يكون هذا الإنشاء Konstruktion موضوعيا وفرديا objektiv u. individuell فى نفس الوقت .

وهذا يعنى أن تكوين الإرادة الفرضية لا يقوم على الغرض المقصود فقط ، وإنما يقوم كذلك على كافة الظروف الأخرى التى قارنت إنشاء التصرف الباطل .

وهذا يؤدى إلى أن يكون التحول كذلك جائزا ، إذا تحقق بالتصرف الثانى غرض مختلف تماما عن ذلك المقصود بالتصرف الباطل ، إذا بررت الظروف المقارنة للتصرف الباطل افتراض الإرادة التصورية .

ولكن هؤلاء الكتاب لا يذهبون بعيـداً بأى حال ، وإنما يتقيدون فيستلزمون ألا ينتهى التصرف الثانى على أى حال إلى غرض يقع فى اتجاه آخر غير غرض التصرف الباطل (٤) .

---

(١) كذلك RG. Warn. 1917. Nr 79 .

(٢) Fischer ص ١٨ ، قارن Finger ص ٧٦ ، Staudinger م ١٤٠ ملاحظة Schönwetter ص ٢٧ .

(٣) ص ٧٢ .

(٤) كذلك Schönwetter ص ٥٣٩ ، Bichmann ص ١٩ ، Rutenbeck ص ٥٧ من نفس الرأى رغم أنه يسلم بأن مثل هذا القيد لا يمكن استخلاصه من نص المجموعة المدنية .

وهذه الطريقة الحذرة من جانب الفقه فى التعبير ، يمكن تفسيرها ، كما فعل Küntzel (ص٢٥) بأن هذا الافتراض لا يكون قائما على أساس إذا كانت العبرة لدى الطرفين بالوسيلة أكثر منها بالغرض ، إذ يكون التحول فى هذه الأحوال ممتنعا . حقيقة أنها لا تؤدى صراحة إلى تقييد الافتراض بحيث ينعقد بالغرض وحده (١) . ويبين Manigk (Arch. ص ٥٣٠) أن الظروف التى يجرى ذلك الاستبقاء على أساسها ، لا تنتمى بصفة عامة إلى واقعة الإعلان وإنما تقع فى الحقيقة خارج نطاقه .

وينتهى Küntzel (ص ٢٩) فى وضوح إلى هذه النتيجة ، ويضيف إلى ذلك أن وضع قيد مطلق ، على افتراض ما كان يراد عند العلم بالبطلان ، غير ممكن ؛ إذ أنه لا يجد سنداً فى نص المادة ١٤٠ . فالغرض العملى المستخلص مباشرة من عملية إنشاء التصرف الأول هو — عند عدم وجود نقط إرتكاز أخرى — المعيار الفاصل الوحيد فى الحكم . ولافتراض أن المتعاقد كان قد يريد كذلك أثراً آخر أيضا غير ذلك المستخلص من إنشاء التصرف الأول ، يجب أن تتوافر فى كل مرة ظروف خاصة تؤيد ذلك (٢) . فتحقيق غرض اقتصادى مشابه عن طريق التصرف الجديد إنما يقدم إستدلالا (موجها) Indiz فقط يتلمس منه افتراض الإرادة التصورية ، عند عدم توافر نقط ارتكاز مباشرة أخرى .

ثم يقدم بعد ذلك المثل التالى ، تفاوض شخص بشأن الاستخدام على مركب وفى نفس الوقت بشأن الحصول على تذكرة سفر على نفس المركب لرحلة بحرية طويلة ، وعالج حالة مالو لم يتم عقد الاستخدام . فإذا أبرم عقد الاستخدام وتبين فيما بعد أن هذا العقد باطل بسبب تحريم قانونى للاستخدام ، فإنه لا يمكن فقط افتراض أن عقد النقل كان قد يراد ، بل إن هذا ثابت على وجه الإيجاب positiv. والعلم بالمفاوضات الخاصة مع مكتب السياحة يبرر هذا الافتراض ، الذى لا يمكن إطلاقا استنتاجه من المفاوضات الخاصة بعقد الاستخدام . فلو كان التحول هنا

---

(١) لا يكون ذلك فى الحقيقة قيداً إذا وضع الأمر على غرض التصرف عموما مثل ضمان الحصول على غرض مالى (Manigk, Arch.) أو كسب نقود (Volkmann ص٣٩).

(٢) كذلك Fischer ص ٦٣ .

عمتنعا ، فسوف يرجع ذلك فقط إلى أن عناصر التصرف الجديد لم تتوافر وليس إلى أنه لم يكن يمكن افتراض أن الوحلة كانت قد تراد .

وعلى أى حال فإن Wiechelt[1] يعترض على هذا الرأى ، ويقول أنه إذا كان الغرض العملى المستخلص من إبرام التصرف الباطل باعتباره مقصوداً ، لا يختلف عن ذلك الذى يمكن تحقيقه عن طريق التصرف الآخر اختلافا كبيرا بحيث يجب الكلام عن آثار أخرى تماما ، فإن ذلك يكون مناسبة للقول ، بأن إرادة الطرفين التى تحيط فى مضمونها بالغرض العملى كذلك ، كانت تختار ذلك التصرف الثانى أيضا عند التكوين القانونى Rechtskonstruktion ، لأنه يقدم إمكانية تحقيق الغرض العملى بأكمله أو على أكبر قدر ممكن على الأقل ، عن طريق قانونى آخر . فنقطة البدء دائما — وفى هذه الحدود فقط يمكن وضع أساس عام فى افتراض الإرادة — هى أى زيادة سلطة Machtzuwachs كان الطرفان يكتسبانها لو أن التصرف الأول كان صحيحا وأى يكتسبان عن طريق التصرف الجديد ، وعما إذا كانت هذه فى صورتها المحددة والتى يحتمل أن تكون ، بل هى فى أغلب الأحوال ، مختلفة عن تلك الناشئة عن التصرف الأول توافق إرادتهما كما كانت قائمة عند إبرام التصرف الأول والتى اتخذت صورتها القانونية فيه . أما الغرض العملى للتصرف الجديد الذى يختلف تمام الاختلاف فلن يبرر الافتراض . ثم يعترض على المثل المقدم من Küntzel ويقول أنه من الثابت إيجابيا positiv أن المتعاقد كان قد يريد بدلا من عقد الاستخدام عقد النقل ، ولكن المادة ١٤٠ لا تسرى هنا . إذ يجرى هنا تصرفان مستقلان أحدهما عن الآخر كل إلى جانب الآخر ، خاصة وأنه لا يمكن أن يستنتج من التصرف الباطل ، الإرادة المطلوبة للتصرف الثانى والتى أصبحت عن طريق الغرض العملى موضوعية objektiviert ، ولا يجوز الذهاب إلى هذا الحد فى إقامة الإرادة الفرضية بالرجوع إلى الأركان الذاتية والموضوعية . فاكتساب الشخص زيادة سلطة لنفسه أو لشخص ثالث بصدد عقد استخدام أو رحلة هو طبقا للنظرة العملية نفسها شىء مختلف تماما . لهذا فإن الغرض العملى المختلف هنا تماما ، ينفى الافتراض ، فيظل التصرف باطلا[2] .

(١) ص ٦٩ — ٧٢ .

(٢) إذا ظل الغرض العملى قائما فى هذه الحدود عند النظرة المقارنة ، فإن الافتراض يكون =

أما فى رأينا ، فإن مثل Küntzel هذا يجب أن يظل بالنسبة لهذا البحث ، خارج الاعتبار ، لأن التحول يمتنع فيه ، بسبب تخلف الشروط الموضوعية .

ويلاحظ v. Brasch (١٦٥) أن الغرض العملى وحده لا يكون كافيا لكشف الإرادة الفرضية . وذلك أنه حتى الغرض المتحد نفسه أو المشابه لا يستبق إلا إذا لم تعترضه الإرادة الحقيقية(١) . فلا يمكن أن يستخلص من الغرض الاقتصادى باعتباره كذلك ، أى تغيرات يجيزها دون أن يبتعد عن نطاق مصلحة الطرفين اللذين قصداه أو يتعداها . يضاف إلى ذلك أنه فضلا عن الأغراض الاقتصادية ، فثمة أغراض مثالية ideell أيضا يتعين مراعاتها . وبهذا يتضح أن كل الطرق لتطبيق المادة ١٤٠ دون رجوع يقينى إلى مصلحة الطرفين ، تظل ناقصة . ومن هذا النظر يصل إلى نتيجة هى أن الإرادة الفرضية إنما يتوصل إليها عن طريق المصلحة والإرادة الحقيقية معا . فالمصلحة هى العامل المشترك بين الإرادة الحقيقية والإرادة الفرضية ، والعنصر الذاتى أى الإرادة غير الحقيقية هو المصلحة نفسها . وهذه يتثبت منها فى كل حالة فردية بتقويم Wertung عامل المصلحة . والبحث عن العنصر الذاتى يمكن صياغته فى السؤال الآتى : بم كانت العبرة لدى الطرفين عند إبرام التصرف ؟

هذه المصلحة تشتق من الإرادة الحقيقية . فالطرفان قد بينا بوضوح أن الغرض المقصود لم يكن واقعا فى مضمون مصلحتهما فقط ، بل أراداه حقيقة كذلك ،

قائما على أساس . فالإرادة قد أصبحت بالغرض موضوعية objektiviert لهذا يبحث عنها فى الغرض فقط . فالقاضى عليه أن يكشف الاتجاه الذاتى subjektiv لإرادة الطرفين وأن يكون رأيه فيه (فى الاتجاه الإرادى الذاتى) طبقا للغرض النهائى العملى من وجهة نظر شخص آخر موضوعى . والقضاء يرى دائما أن التصرف « الآخر » لا يجب أن يحقق غرضا مختلفا تمام الاختلاف . ويبين هذا أن كل الأحكام التى أجازت التحول تعالج دائما حالة غرض واحد أو مشابه لا حالة غرض مختلف تماما . ويذكر هنا الأحكام : RG. JW, 1924 / 1360 ؛ RG. JW. 1910 / 467 ؛ RG. 36 / 176 ؛ 82 / 277 ؛ RG. 121 / 85 RG. 104 / 122 ؛ Warn. 1910. Nr. 317 ؛ RG. JW. 1910 / 801 ؛ RG. Seuff, A. 79. Nr. 81 ؛ RG 110 / 391 ؛ 124 / 28 ؛ 121 / 111.

(١) ولهذا يعتقد أن سبيل الإرادة الفرضية لا يصدر عن الغرض العملى وحده ، وإنما كذلك وفى نفس الوقت عن الإرادة الحقيقية أيضا ، فالغرض العملى وحده لا يدخل فى اعتباره إلى أى حد اتجهت مصلحة الطرفين إلى غرض مشابه أو ما إذا كانت هذه المصلحة قد استنفدت فى التصرف المراد .

وفى الواقع أنهما أراداه ولو فى تحقيقه العملى على الأقل ؛ وإلا لم يكن ثمة محل لتطبيق المادة ١٤٠ . أما الإرادة الحقيقية هنا فليست هى الإرادة المتعلقة بالتصرف وإنما الإرادة الواقعية للطرفين. فمثلا تصرف يريد مبرماه تحقيقه ويحققانه فعلا ، ولكنه باطل قانونا بسبب عدم صحة الإرادة قانونا مثل بيع السوق السوداء . فالفقه والقضاء يعتبران الإرادة الواقعية (مثلا الواردة على تنفيذ غرض باطل قانونا ولكن يمكن تحقيقه عملا ، كما فى بيع السوق السوداء) كأنها منعدمة ، وعلى ذلك ينظران إلى الاتفاق الذى لا يكون الغرض قد اتخذ فيه طابع التصرف القانونى باعتباره عدما Nichts ولهذا غير صالح للتحول . ويعتبر v. Brasch أن هذ الرأى ليس فقط متعارضا مع غرض الحماية فى التحول بل وأنه كذلك غير منطقى[1] .

فإذا كان من اللازم ضمان مصلحة المتعاقد ، فيجب فحص شرط الإرادة بالذات فى التصرف الأصلى بعناية خاصة . فلكشف نطاق المصلحة ، يجب أن تكون إرادة التنفيذ العملى موجودة ، ولكنها كافية كذلك .

ولكن v. Brasch نفسه يعتقد فى موضع آخر (ص ٦٣) أنه عندما يكون الغرض مختلفا تماما ، فإن التحول يكون ممتنعا .

ونحن نرى أن التعرف على الإرادة غير الحقيقية ، على أساس الغرض العملى وحده لا يكون كافيا فى هذا الكشف . فهذه الإرادة يجب البحث عنها فى واقعة التصرف الباطل ؛ وينتمى إلى هذه الواقعة (واقعة التصرف الباطل) جميع الظروف المقارنة الأخرى كذلك . فإذا كانت الإرادة الحقيقية لا يمكن تطبيقها

---

(١) إذ أن العقد الوارد على التزام مستحيل هو من حيث مذهب المبادىء غير ممكن ، غير موجود ؛ فالمراد هو فى الواقع المستحيل . لهذا فإن الانعدام لا يتوقف على ما إذا كان الطرفان يعتبران التصرف صحيحا أولا . ويصف القانون مثل هذا التصرف كما يصف تماما العقد الممكن — من حيث فقه المبادىء — ولكنه مخالف للآداب أو لنص محرم بأنه « باطل » . وقد قضت المحكمة العليا للدولة (JW, 1926/1360) بصدد مثل هذا العقد : إعادة شراء شىء مملوك لنفس الشخص ؛ وأكدت انسحاب المادة ١٤٠ (على هذه الحالة) باعتباره ضروريا وممكنا ، وأجازت التحول إلى تصرف مكتمل الصحة هو عقد إنهاء للبيع السابق . وهنا يبدو مرة ثانية أن الفكرة العامة للبطلان كما تتضمنها أيضا المادة ٣٠٦ رغم أنها فى هذا المكان لها معنى الانعدام ، كافية فى تطبيق المادة ١٤٠ .

على التصرف الجديد ، إلا أنه يجب إدخالها فى الاعتبار عند الكشف عن الإرادة غير الحقيقية . فالغرض العملى والإرادة الحقيقية وكافة الظروف المقارنة الأخرى ، يجب الإفادة منها لبناء تصور الإرادة .

الفصل الثانى والعشرون

حالات يمتنع فيها التحول بسبب ركن الإرادة

لما كانت الإرادة الفرضية إنما تبنى من أنقاض التصرف الباطل ، على أساس الغرض العملى والإرادة الحقيقية ، وواقع الحال الحقيقى ، ونوايا الطرفين التى تقوم على أساس يبررها ، وكل الظروف المقارنة الأخرى الممكنة والقائمة على أساس ، فإن التحول ينغلق إذا كان التصوير ليس له بعد ما يبرره .

١ — إذا كان الطرفان قد أرادا التصرف الباطل بصفة مطلقة ليس فقط كوسيلة إلى غرض وإنما كغرض نهائى ، فيكون التحول ممتنعا . إذ تكون العبرة لديهما بهذه الوسيلة القانونية المعينة ، فيكونان قد بينا بذلك أنهما أرادا هذا الطريق فقط ولم يريدا أى طريق آخر . فهما قد أرادا إما التصرف المقصود فقط وإما لا شىء إطلاقا .

لهذا لا يمكن أن يتحول الوعد بالهبة إلى إيصاء ببعض المال Vermächtnis إذا كان الواهب أصدر الوعد ، ليس لفعل الخير كما ثبت ، ولكن طلبا للشهرة فقط باعتباره حاميا للفنون والآداب[1] .

ولا يمكن استبقاء الكمبيالة الباطلة باعتبارها سند دين تجارى ، إذا كان الساحب قد أراد إنشاء كمبيالة فقط بسبب الآثار الفردية للكمبيالة مثلا[2] .

(١) كذلك Oertmann م ١٤٠ ملحوظة ٢ ب .

(٢) Schönwetter ص ٣٥ ، Finger ص ٧٥ .

وهكذا أيضا حكم المحكمة العليا للدولة(١) القاضى بأنه إذا كان قد صدر إلى جانب الكمبيالة أو الشيك ، سند دين كذلك ، فيجب التسليم بأن المقصود بالذات هو إنشاء كمبيالة أو شيك فقط ، فيكون تحول الكمبيالة أو الشيك ممتنعا(٢) .

وقد رفضت المحكمة العليا للدولة (RG. H.R.R. 1927) تحول عقد توريث باطل إلى عقد وارد على تركة شخص ثالث فى معنى المادة ٣١٢ف٢ ، متى كانت العبرة لدى الطرفين بصفة حاسمة هى عدم قابلية تصرفات الإرادة الأخيرة letztwillige Verfügung للرجوع (مواد ٢٢٩٠ ، ٢٢٩١) . إذ أن هذا الغرض يمكن تحقيقه عن طريق عقد التوريث فقط وليس عن طريق عقد طبقا للمادة ١٣٢ ف٢(٣) .

ويتعين هنا الإشارة كذلك إلى حكم المحكمة العليا لبافاريا Bay. Ob.L.G. فى القضية(٤) التالية : كان المورث لـ قد قرر لشخصين معينين فى الوصية المسماة بوصية القرية(٥) Dorftestament التى كانت باطلة بسبب تخلف التاريخ ، مبالغا كان قد سبق أن أعطاهما إياها باعتبارها قرضا . أما تحول الوصية الباطلة إلى إبراء مزعوم من الدين ، فقد رفض لأسباب من بينها أن المدعى ، طبقا لرأى

---

(١) "Recht." 1911. Nr. 1507 .

(٢) قارن Schönwetter ص ٣٦ .

(٣) قارن Finger ص ٧٥ ، Schönwetter ص ٣٦ .

(٤) Seuff. Bl. f. R. An. 70/531 .

(٥ ــ ترجمة) وصية القرية Dorftestament هى وصية غير عادية ausserordentliches T. يتم إنشاؤها طبقا للمادة ٢٢٤٩ أمام الحاكم الإدارى (العمدة) للقرية أو الحى التى يوجد فيها الموصى وبحضور شاهدين ؛ ومن هنا اسمها وصية القرية أو وصية الحى Dorf-oder gemeinde T. . وسبب إجازة هذا الشكل فى إنشاء الوصية هو حالة الضرورة من خوف موت الموصى قبل أن يتمكن من الإدلاء بوصيته أمام القاضى أو الموثق . وهى تعتبر وصية فى الشكل الرسمى كتلك التى تتم أمام القاضى أو الموثق . وهى تصبح المدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر من تاريخ إنشائها إلا إذا توفى الموصى خلال هذه المدة فتصبح نهائيا (م ٢٢٠٢) ؛ إلا إذا استمر المانع قائما الذى يحول دون إجراء الوصية أمام القاضى أو الموثق (مثلا انتشار وباء ومنع الخروج أو الدخول من القرية أو المدينة أو الحى) . وهذا النظام مستمد من الوصية الرومانية test. ruri. conditum ويقابله النظام المأخوذ به فى القانون العمومى لدولة بروسيا Pr. ALR. I. tit. 12. §§ 93 ff. والمادة ١٧٤ من قانون نابليون .

المحكمة ، إنما أراد أن يعطى المستفيدين شيئا على سبيل الوصية فقط . فالمورث لم يختر الطريق البسيط وهو الإبراء من الدين ، بل إنه أكثر من ذلك وضع مدينيه فى القرض موضع ورثته وأصدر إليهم تصرف الإرادة الأخيرة ، مما يترتب عليه أنه أراد إعطاء Anordnung بسبب الموت فقط[١] .

٢ — إذا كان الطرفان كان فى نظرهما حين أصدرا إعلانهما واقعة معينة فقط ، وبالنظر إلى هذه الواقعة فقط وبالذات صدر الإعلان ، ولكن كانت هذه الواقعة لا تطابق الحقيقة فإن افتراض الإرادة التصورية يكون حينئذ من الصعب جدا تبريره . فالتحول ليس ممتنعا فى أساسه ، ولكن تكوين الافتراض هو فقط الذى قد يتعذر . مثلا أبرم الطرفان مع بعضهما مشارطة زواج مالية ، ثم أعلن بطلان الزواج ؛ فلا يمكن أن تظل مشارطة الزواج المالية قائمة باعتبارها عقدا متعلقا بالمداينات ، لأن الطرفين لم يكونا ليبرما عقدا كهذا إطلاقا ، إذا لم يكونا يصدران عن اعتقادهما أنهما يعيشان معا فى زواج صحيح[٢] .

٣ — ولا مكان للتحول أيضا ، إذا أمكن افتراض أن الطرفين لم يكونا عند العلم ببطلان التصرف المقصود ، ليتركاه عند هذا البطلان وإنما كانا يبرمان عقــدا جديدا[٣] . ولكن يجب إثبات أن الطرفين ، أرادا حقيقة إنشاء تصرف جديد .

هذا المبدأ ولو أنه صحيح فى ذاته إلا أنه بالغ الخطورة وقد يؤدى إلى وضع قيد على المادة ١٤٠ لا يمكن تبريره إطلاقا : وذلك فى التصرفات الباطلة شكلا ، عند الأخذ بوجهة النظر هذه ، من أن الطرفين كانا عند العلم بالبطلان يعيدان إبرام التصرف نفسه فى الشكل الصحيح[٤] .

---

(١) ولا تقوم ثمة هبة بسبب الموت لتخلف الشكل المطلوب فى المادة ٢٣٠١ ف ١ . فى هذا المعنى أيضا الأحكام التالية المحكمة العليا للدولة RG Seuff. A. 80. Nr. 135 ؛ RG. 48/231 ؛ RG. Warn. 1917. Nr. 79 .

قارن RGR. Komm. م ١٤٠ ، Planck م ١٤٠ ، Schönwetter ص ٣٦ ، Bichmann ص ٢٠ ، Oertmann م ١٤٠ ، Finger ص ٧٥ .

(٢) Finger ص ٧٥ .

(٣) كذلك RG. Warn. 1928. Nr. 8 .

(٤) كذلك Finger ص ٧٦ ، Schönwetter ص ٣٦ .

٤ — ثم إن التحول ينغلق كذلك إذا كان التصرف الباطل ، من هذا النوع من التصرفات التى لا يمكن أن يوجد تصرف آخر يحل محلها ، مثل عقد زواج باطل ، أو تبن باطل (مواد ١٧٤١ ، ١٧٧٢) .

ولكن ماراته المحكمة العليا للدولة .RG[1] من أنه إذا دار الأمر فى التصرف الثانى حول نظام قانونى غير معروف وتطبيقه فى العمل قليل أو نادر ، فيمتنع التحول ، فإن هذا الرأى غير صحيح . ولهذا فقد رفضت تحول كمبيالة باطلة إلى إنابة تجارية بحجة أنه لا يمكن افتراض أن الطرفين قد فكرا فى تصرف غير مستعمل كهذا ، وأنهما كانا يعقدانه . وهذا قد يعوق التحول إذا قامت أدلة قاطعة تبين أن الطرفين ما كانا ليبرما مثل هذا التصرف غير المستعمل إطلاقا . ولكن من غير الصحيح رفض التحول لمجرد أن الطرفين لم يعرفا هذا التصرف أو لأنه نادر الاستعمال . فهذا لا يمكن أن يعوق التحول لأن غرض المادة ١٤٠ هو بالذات مساعدة المتعاقدين غير العالمين بالقانون[2] .

الفصل الثالث والعشرون

وضع الإرادة الفرضية طبقا لنظريتى الإرادة والإعلان

إن تقرير الغرض المقصود بالتصرف الباطل وماذا كان يراد عند العلم بالبطلان يجب بحثه الآن من وجهة نظر كل من نظريتى الإعلان والإرادة .

فطبقا لنظرية الإعلان .Erklärungsth يبحث القاضى فى الإعلان الباطل الذى صدر ، وحده عن تكوين التصور . فقد بين المتعاقد بهذا الإعلان إرادة

---

(١) RG. JW. 1930 / 1376 .

(٢) كذلك Schönwetter ص ٣٧ .

غرض معين قانونى أو اقتصادى ، يفحصه القاضى ثم يحكم طبقا له . ولما كان هذا الغرض يمكن تحقيقه بالتصرف الثانى كذلك فيفترض أن هذا الغرض كان قد يراد عند العلم بالبطلان . فإذا لم يمكن أن يستخرج من الإعلان نفسه أن المعلن كان يريد شيئا آخر فى حالة ما لو كان قد علم ببطلان إعلانه ، فإن الزعم بأن المعلن كان قد يريد شيئا آخر عند العلم بالبطلان ، يكون غير مقبول . فالإعلان الباطل والإرادة الموضوعية المستخرجة منهما هما الفيصل فى الحكم فيما إذا كان التصرف الثانى كان يراد .

أما طبقا لنظرية الإرادة Willensth. فسوف يستخرج كذلك من الإعلان، أن المعلن أراد هذا الغرض أو ذاك . ولكن هذا وحده لا يكفى ، إنما يجب الكشف عن الإرادة الحقيقية ، ثم محاولة التثبت بعد ذلك مما إذا كان المعلن كانت ستظل لديه هذه الإرادة قائمة لو كان قد علم ببطلان إعلانه . فيضاف الى ذلك مجموع الظروف التى أحاطت بظهور الإعلان . ويوضح ذلك تطبيق ما تقدم على المثل التالى : أبرم قاصر عمره ١٧ سنة عقد توريث ، تبين بطلانه بعد وفاته.

فطبقا لنظرية الإعلان يقول القاضى لنفسه ، أن المعلن أراد عن طريق عقد التوريث أن يوجه إعطاء إرادة أخيرة للشخص letztwillige Zuwendung . ولما كان نفس الغرض يمكن أن يتحقق كذلك بتصرف الإرادة الأخيرة ، فيستبقى عقد التوريث الباطل باعتباره تصرف الإرادة الأخيرة. فإذا أراد الورثة الشرعيون الإعتراض بأن إرادة المورث الحقيقية كانت سوف تكون شيئا آخر، لو كان قد علم بالبطلان فسوف يأبى القاضى ذلك عليهم بحجة أنه : لا يستنتج من عقد التوريث وهو العلامة الخارجية للإرادة ، مثل هذه الإرادة .

أما طبقا النظرية الإرادة ، فسوف يقول القاضى لنفسه على عكس ذلك : الظاهر vermutlich . أن المعلن أراد بعقد التوريث أن يوجه هذا الإعطاء أو ذاك . فإذا لم يقم فى طريق ذلك أى اعتراض ، أمكن افتراض أنه كان قد يريد نفس الغرض بتصرف الإرادة الأخيرة كذلك ، ولهذا يصح تصرف الإرادة الأخيرة . ولكنه سوف يعير ما قد يعترض به الورثة الشرعيون اهتماما من أن ما وجهه المورث فى عقد التوريث من إعطاء قد آلمه ولكنه لم يرد الرجوع فى عقد

التوريث هذا لسبب واحد فقط ، هو أنه لم يرد أن يفسد علاقته بالمتعاقد الآخر ، وسوف يحكم طبقا لذلك ولن يكتفى بالإعلان وحده.

أما المادة ١٤٠ فتنطق لصالح هذا الرأى الأخير إذ أنها تقول « إذا افترض أن صحته كانت قد تراد عند العلم بالبطلان » . لأنه لو كانت المادة ١٤٠ تأخذ بوجهة النظر الأخرى لكان يجب أن يكون نصها : « إذا وافق تصرف باطل عناصر تصرف آخر ، صح التصرف الآخر » . إذ أن الإرادة القانونية أو الاقتصادية تستخرج من التصرف الباطل نفسه فعلا ، وبذلك كانت تتوافر دون شك الإرادة اللازمة للتصرف المحول . وهذا بالذات هو مالا يريده المشرع . وإنما فى حالة ما إذا وافق تصرف باطل عناصر تصرف آخر ، فإنه يأمر القاضى بأن يبحث ما إذا كان المتعاقد كان يريد كذلك هذا التصرف الآخر عند العلم بالبطلان وما إذا كان كذلك قد استهدف نفس الغرض القانونى أو الاقتصادى[1] .

فالمادة ١٤٠ تقوم إذن على نظرية الإرادة . ولهذا أمكن Küntzel[2] أن يقول أن نص المادة ١٤٠ لا يتسق ونظرية الإعلان .

أما الفقه المصرى[3] فيصدر عن وجهة نظر مقتضاها أن نظرية الإرادة تتطلب إرادة احتياطية بينما تكتفى نظرية الإعلان بانعدام الإرادة العكسية والنظريات الموفقة (وطبقا لرأيهم تأخذ بها مجموعة القانون المدنى الألمانى) إرادة احتمالية . وأما هذا الفهم غير السليم لنظام القانون الألمانى فيقوم على التراجم الفرنسية الخاطئة للقانون الألمانى .

---

(١) قارن Voss ص ٤٩ وما بعدها ، Rutenbeck ص ٩٠ وما بعدها ، Wiechell ص ٧٥ .

(١) ص ١٩ .

(٢) بهجت بدوى ص ٤١٠ وما بعدها ، السنهورى المصادر ص ٣٠٥ .

الجزء الثالث

الفصل الرابع والعشرون

آثار التحول

إذا ما استوفيت أركان التحول المختلفة المبينة فيما سبق ، فإن التصرف الجديد يكتسب الصحة . وتقول ذلك المادة ١٤٠ فى وضوح « يصح الآخر so gilt das letztere » .

١ — أما صحة التصرف الجديد فتقع بقوة القانون ، لا لأنها تقوم على إرادة الطرفين الحقيقية . لهذا أيضا فإن رأى Windscheid غير صحيح عندما يتكلم عن ناحية غير ظاهرة من التصرف الباطل ؛ إذ أن التصرف الثانى له نشوء مستقل ووجود مستقل وصحة خاصة به ، فصحته يقررها القانون مباشرة ولا تستند الى الإرادة المتجهة إلى التصرف الباطل[1] .

فالتحول يتم إذن بقوة القانون ipso iure . فالقاضى لا يقوم من تلقاء نفسه بتشكيل التصرف الباطل إلى الآخر ، وإنما يجب أن يحكم بالتحول إذا توافرت الشروط المطلوبة لذلك . لهذا يكون من الخطأ الكلام عن تحول قضائى ، لأن صحة التصرف الجديد تستند إلى القانون مباشرة ؛ وإنما الفصل فى توافر شروط المادة ١٤٠ وخاصة الشروط الذاتية فيتعلق بتقدير القاضى القائم على واجبه القانونى[2]. لهذا كانت كل التعريفات والتحديدات والصياغات التى اقترحت لنظام التحول ليست بكافية ولا دالة .

---

(١) قارن Schönwetter ص٣٥ ، Finger ص ٨ ، ٣٨ ، Wiechell ص ٧٥، Weil ص٣٩ ، Rutenbeck ص٦٧، Bichmann ص ١٢ ، v. Brasch ص١٢٣ ، ١٨١ ، Siller ص ١٨٠ ، Fischer ص ١٦ .

(٢) OLG. Frankfurt. L. Z. 1907/575 ؛ RGR. Komm. م ١٤٠ .

٢ — وقد قررنا أن آثار التحول تقع بقوة القانون والحكم الذى يقضى بالتحول ليس منشئا وإنما هو مقرر . أى أن الحكم ليس هو الذى يبدأ بإعمال التحول ، وإنما هو يقرر فقط فى الحالة الفردية أن التحول قد تم(١) . لهذا فإن ذلك الذى يتمسك بحق على أساس التصرف المحول يستطيع دون تردد أن يقاضى بناء على التصرف الجديد ، وإنما فقط بشرط أن يقتنع القاضى طبعا بتوافر أركان التحول .

٣ — ويقع التحول كذلك حتى ولو كان هذا الطرف أو ذاك لا يريد التحول الآن(٢) .

٤ — والواقع أن أثر تحول التصرف الباطل يقع فى وقت إبرامه . فالتصرف الجديد يحمل تاريخ التصرف المراد أصلا . أو بعبارة أخرى ، فإن التحول ينتج أثره بأثر رجعى ex tunc وليس بأثر حال ex nunc . وحتى Satta (ص ٨٣) الذى أراد تجنب هذا المبدأ كقاعدة عامة ، فقد سلم بأن التحول يقع بصفة عامة بأثر رجعى ، حتى وإن كان قد جعل الأثر الرجعى لنتائج التحول معلقا على الأثر الرجعى للبطلان ، فإنه لم يأت فى هذا بشىء جديد . فعقود المدة التى يقول أن التحول يعمل بالنسبة لها بأثر حال لأن البطلان يعمل فيها بأثر حال كذلك ، لا تكون استثناء من تلك القاعدة . فإن طبيعة هذه العقود بسبب أهمية الزمن باعتباره الركن الجوهرى فى الوفاء بالالتزامات ، تجعل الأثر الرجعى للبطلان من الصعب تصوره ، لأن رد الالتزامات الموفاة يكون متعذرا بسبب سريان الزمن إن لم يكن قد أصبح مستحيلا . أما البطلان فيعمل هنا فى الحقيقة بأثر رجعى أيضا ، إلا أن هذا الأثر الرجعى للبطلان سوف تعوقه طبيعة الالتزامات إلى حد ما . ولكن هذه الواقعة لا تقيم استثناء من القاعدة الأساسية فى الأثر الرجعى لإعمال البطلان . ولهذا فإن التحول يعمل هنا بأثر رجعى كذلك . ولكن نظرا للصعوبات العملية فى رد الالتزامات الموفاة فعلا ، فإن إعمال ذلك المبدأ عملا يكاد يكون متعذرا .

٥ — فالتصرف الجديد يحل بأثر رجعى محل التصرف الباطل ويصح دون

---

(١) قارن Rutenbeck ص ٦٧ .

(٢) RGR. Komm. م ١٤٠ .

أن يحتاج إلى عمل جديد من جانب المتعاقد ، إذ أنه هو الرابطة الوحيدة التى تقوم الآن بين الطرفين . وإنما يمكن إنهاؤه أو تعديله عن طريق اتفاق عكسى فقط contrarius consensus ، إذ فى ذلك أيضا يسرى المبدأ : الاتفاقات ملزمة Pacta sunt servanda [١] . فهو يصح إذن كأى تصرف عادى أريد وكان صحيحا من الأصل ، لأن الإرادة الفرضية للطرفين التى تثبت الآن للتصرف الجديد تصبح ملزمة لهما .

٦ — وصحة التصرف الجديد لا تسرى بين المتعاقدين inter partes فقط ، بل تسرى كذلك فى مواجهة أى شخص ثالث ، كما يبين ذلك المثل الآتى : إذا كان عقد توريث ملزم لجانب واحد فقط باطلا لقصر أحد الطرفين ثم تحول إلى وصية ، فإن الورثة أو الموصى إليهم ببعض المال Legat فى وصية سابقة لا يستطيعون أن يستندوا إلى بطلانه (عقد التوريث)[٢] .

٧ — والطرف الذى يتمسك بالتحول لا يتحمل عبء إثبات وجود شروطه[٣] . إنما اللازم إذن فقط هو ضرورة اقتناع القاضى دائما بتوافر هذه الشروط فى الحالة الفردية . وعلى أى حال فإن Siller (١٨٧) يعتقد أن ذلك الذى يتمسك بالتحول يكون ملتزما بالإثبات . ولكن يضيف إلى ذلك أنه قد يكون من المعقول إلقاء عبء الإثبات بالنسبة لظروف خاصة تؤدى إلى استبعاد التحول — الذى يبدو فى ذاته مرجحا — على أساس عنصر الإرادة الخاص فى المادة ١٤٠ ، على من يتمسك ضده بالتحول .

٨ — ولما كان التصرف الجديد يصح بقوة القانون ، فمن الواجب على القاضى مراعاة إمكان التحول فى الدعوى من تلقاء نفسه von Amts wegen . ومن الطبيعى أن ذلك شأن الطرفين ، أن يقدما للقاضى مادة حكمه ، ويجب أن يضعا أمامه الوقائع التى ينتج عنها أن التحول يكون له مجال فى الدعوى[٤] .

ولكن Siller (ص١٨٥) ينفى إمكان أن يعمل القاضى التحول من تلقاء

---

(١) قارن Weil ص ٤٠ ، v. Brasch ص ١٢٨ .

(٢) المثل من Weil ص ٤٠ ، كذلك Satta ص ٨٤ .

(٣) Michaelis فى قانون الشيك Scheck G. بند ١ ، Weil ص ٤٠ .

(٤) حكم المحكمة العليا للدولة RG. صادر فى ١٩٠٥/٥/٣٠ ، RGR.Komm م ١٤٠ ، Bichmann ص ٢٦ ، Finger ص ٧٨ ، v. Brasch ص ١٢٣ .

نفسه ويحتج لذلك : بأن التحول إنما يخدم فى المحل الأول حاجة المتعاقد ، ولذلك فإن إعماله ضد إرادة ذلك الذى كان من الواجب أن يساعده ، سوف يتعارض مع هذا الغرض . ولا يلزم فى رأيه أن يكون التمسك بالمساعدة القانونية عن طريق التحول صريحا . ثم يستند كذلك إلى المادة ١٣٩ من قانون المرافعات ZPO. . ولكن هذه الحجج ليست صائبة . فالفيصل فى التحول هو إرادة الطرفين (الفرضية) وحدها وقت إنشاء التصرف الباطل ، وكل إرادة لاحقة يجب أن تظل خارج الحساب . بل إن التحول يقع كذلك حتى إذا كانت هذه الإرادة اللاحقة موجهة ضد إعماله . فالأمر يدور — كما سبق القول — حول أمر تشريعى يتعين على القاضى أن يراعيه من تلقاء نفسه . والمادة ١٣٩ مرافعات تعالج واجب القاضى القانونى فى إقامة الدعوى من تلقاء نفسه (التصدى) ، وهى لهذا بالذات لا تعوق إتمام التحول كما بيناه .

٩ — ويرى v. Brasch [١] أنه قد يكون من الجائز أن تكون الإرادة التصورية فى التصرف الجديد قابلة للإبطال ، إذا استوفت (الإرادة) فيما عدا ذلك شرط المادة ١١٩ لأن الإرادة الفرضية تأخذ مكان إرادة حقيقية . وأما الاعتراض بأن إرادة التحول ليست إلا إرادة تصورية وأنه لا يوجد فى الحقيقة إعلان إرادة متعلق بالتصرف القانونى ، ولهذا تنغلق قابلية الإبطال ، لأن إعلانات الإرادة المتعلقة بتصرف قانونى هى وحدها فقط التى يمكن إبطالها ، فيجد هذا الاعتراض غير صائب . فالتصور فى المادة ١٤٠ يشابه ذلك النوع من التصورات[٢] كما فى المادة ٥٦٨[٣] التى تكون فيها العلاقة مزودة بآثار إعلان إرادة ذى مضمون محدد لأن مثل هذه العلاقة تكون كقاعدة عامة تعبيرا عن إرادة موافقة . وفى هذا النوع من التصورات تكون أهلية الأداء متطلبة والإبطال جائزاً .

---

(١) ص ١٨١ وما بعدها .

(٢) قارن Lehmann ص ١٨٣ ، v. Tuhr ج ٢/١ ص ٤٢٥ .

(٣ — ترجمة) م ٥٦٨ ، إذا استمر المستأجر فى استعمال الشىء بعد انقضاء مدة الإيجار ، فتعتبر علاقة الإيجار قد امتدت لمدة غير معينة ، إلا إذا أعلن المؤجر أو المستأجر الطرف الآخر فورا بإرادة عكسية فى خلال ميعاد أسبوعين . وتبدأ المدة بالنسبة للمستأجر من استمرار استعمال الشىء ، وبالنسبة للمؤجر من الوقت الذى علم فيه باستمرار الاستعمال (قارن م ٥٩٩ مصرى) .

فالتصرف الجديد يكون كذلك قابلا للإبطال إذا توافرت الشروط العامة لذلك . فالتحول إنما يساعد الطرفين ، إلى ذلك الذى أرادا تحقيقه أصلا بوسائل معيبة عن طريق إعلاناتهما ؛ وما يسقط هو فقط ذلك العائق الذى اعترض الغرض المعلن باعتباره مراداً ، وليس عيوب الإرادة الأخرى . فهذه يجب تبعا لذلك أن تلحق كذلك نتاج التحول وهو ما يجب اعتباره الآن طبقا للمادة ١٤٠ المراد بالذات منظورا إليه من الخارج . لهذا يؤكد إمكان تحول تصرف باطل إلى تصرف قابل للإبطال . فهذا يمكن أن يتحول مرة أخرى كذلك ولكن إلى تصرف تكون فيه الإرادة الحقيقية المبطل التى لم تراع حتى الآن ، هى الأساس الآن فى كشف المصلحة أى فى التعرف على الإرادة الفرضية .

١٠ — وقد سبق أن أكدنا أكثر من مرة ، أن النص الوارد فى المادة ١٤٠ إنما يعبر عن أمر تشريعى ، وعلينا الآن إيضاح مسألة ما إذا كان هذا النص آمرا أم أنه كما يزعم بعض الكتاب نص مفسر .

إن التحول يقع إذا لم تعترضه إرادة وقت إنشاء التصرف الباطل ، ولكنه يقع كذلك ضد كل إرادة صريحة لاحقة ، فهو طبقا لذلك ليس نصا آمرا ، إذ أن الإرادة وقت إنشاء التصرف الباطل المقصود أصلا تستطيع استبعاد التحول . ولكنه ليس كذلك نصا مفسرا ، إذ أن الإرادة اللاحقة لا اعتبار لها فى تطبيق التحول .

فإعمال التحول يقوم فى الحقيقة على تصور تشريعى . فإذا توافرت الشروط اللازمة لذلك وقع التحول ضد إرادة الطرفين كذلك . ويسمى Mosco (ص ١٠٢) هذا النوع من النصوص بالقواعد المهيئة (١) dispositiv . وليست العبرة الآن بالتعريف الإصطلاحى مادام إعمال هذا النص التشريعى يجب إجراؤه على هذا الوجه .

---

(١) أى أنها تتطلب توافر شروط معينة إذا تكاملت انطبق الحكم التشريعى بصفة حتمية ولم يمكن استبعاده . فهى تهيء بهذه الشروط الفرصة لتطبيق الحكم .

الجزء الرابع

الباب الأول

الفصل الخامس والعشرون

حالات خاصة للتحول

بعد أن عالجنا المبدأ العام للتحول نتناول الآن بعض حالات تستدعي طبيعتها الخاصة معالجة خاصة لها .

١ ـ التصرفات المشروطة :

إن التصرفات المعلقة على شرط واقف أو فاسخ ، تصبح عند تخلف الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ غير صحيحة . ويقع عدم الصحة لأن الطرفين لا يريدان إطلاقا الارتباط فيما جاوز القيد المتضمن فى الشرط ، ويريدان إبرام التصرف فى هذه الحدود فقط . ولهذا فلا توجد فيما جاوز هذه الحدود إرادة تعاقدية . ولكن لما كان عدم الصحة لم يكن فقط معلوما للطرفين بل إنهما أراداه صراحة ، فإن إمكان التحول فى مثل هذه الأحوال يكون مستبعدا تماما. فى فترة التعليق ، يكون التصرف المعلق على شرط فاسخ صحيحا ولهذا يكون غير قابل للتحول . أما التصرف المعلق على شرط واقف فإنه لا زال لم يكتسب الوجود القانونى الكامل ، إذ أنه لا توجد إلا إمكانية ارتباط تعاقدى فقط ، ولهذا فإن التحول يظل هنا كذلك خارج كل حساب . أما عند تحقق الشرط على عكس ذلك فإن التصرف يكون قد أبرم ويجب النظر إليه كأى تصرف عادى قد أبرم ، أى أنه يصبح قابلا للتحول ، إذا كان باطلا أو قابلا للإبطال . ويجب ألا يخلط

بحالة التصرف المعلق على شرط ، حالة الصلح غير الصحيح طبقا للمادة ٧٧٩ .
وعلى أى حال فإن الفقه ينظر إلى الصلح فى هذه الحالة كأنه تصرف معلق على شرط فاسخ (مثلا ، صراحة Finger ص ٥٣ ، Fischer ص ٩٠) .
ونحن نعتقد على العكس ، أن الشرط المطلوب فى المادة ٧٧٩[1] من ضرورة مطابقة الموضوع الأساسى القائم عليه الصلح للحقيقة ، لا يكون شرطا بالمعنى الفنى لهذه الفكرة وإنما هو عنصر صحة . وثمة فرق كبير بين الفكرتين ، وذلك أن المادة ٧٧٩ إنما تعالج فى الواقع حالة بطلان بسبب الغلط عند ما لا يطابق الموضوع الأساسى الحقيقة ، ولكن هذا الغلط خفف من الشروط الشديدة التى تتطلبها المادة ١١٩ . وفى القانون الفرنسى والمصرى يدور الأمر فى هذه الحالة حول إبطال بسبب الغلط . لهذا ولما كان الأمر يدور فى رأينا حول بطلان ، فإن المادة ١٤٠ تكون هنا منطبقة (٢) .

وعلى كل حال فإن Fischer (ص ٩٠) وآخرين[3] يصلون إلى نفس النتيجة من أن سبب عدم الصحة يقوم فى التصرف نفسه لا فى إرادة المتعاقدين، كما فى حالة الشرط . وأن انعدام الأثر هنا نهائى ويقف مع البطلان على قدم المساواة ، لأن الطرفين لا يستطيعان من بادىء الأمر أن يدخلا فى حسابهما عدم الصحة ، فتكون المادة ١٤٠ هنا منطبقة ، على عكس التصرف المعلق على شرط فاسخ بمقتضى اتفاق الطرفين .

وهنا يجب علينا أن نعيد ذكر مثل Fischer (ص ٩٠) المشهور ، وفيه أبرم الطرفان فى نزاع على إقامة بناء ، الصلح التالى : « ينقل صاحب الحق إلى البانى ملكية الأرض المبنية مقابل ثمن قدره ٦ مارك للمتر المربع أى ١٢٠ مارك فى المجموع

(١ — ترجمة) م ٧٧٩ : يكون العقد الذى يزول بمقتضاه النزاع أو عدم التأكد من المتعاقدين بشأن علاقة قانونية وذلك بتنازل كل منهما عن بعض حقه (الصلح) ، غير صحيح ، إذا كان الموضوع الأساسى الثابت ، طبقا لمضمون العقد ، لا يطابق الحقيقة . وكان النزاع أو عدم التأكد لا يقوم عند العلم بحقيقة الحال . ويشبه بعدم التأكد الوارد على علاقة قانونية ، ما إذا كان تحقيق حق غير مؤكد .

(٢) وإن عنصر الصحة لا يمكن اعتباره شرطا ، فالشرط يتعلق بإرادة الطرفين ، بينما عنصر الصحة يتعلق بالمشرع .

(٣) Finger ص ٥٢ .

إذ أن الطرفين قد صدرا فى ذلك عن اعتقادهما بأن الأرض المبنية هى ٢٠ متراً مربعا فقط . وبعد ذلك تبين أن الجزء المبنى هو ٣٠ متراً مربعا ، فالصلح غير صحيح طبقاً للمادة ٧٧٩ إذ أن الموضوع الأساسى لا يطابق الحقيقة . وتنطبق هنا أيضا المادة ١٤٠ ، إذا أمكن افتراض أن الطرفين كانا يعقدان الصلح الآخر لو علما بحقيقة الأشياء فى وقتها ، ولكن قد يمكن أن يتعثر التحول لو كان الثمن ١٨٠ مارك شديد الارتفاع بالنسبة للملتزم أو على العكس كان الثمن ٦ مارك للمتر ضئيلا جداً بالنسبة للطرف الآخر ، مع مراعاة أن البناء الكبير كان أثر فى صلاحية الأرض الباقية للزراعة تأثيراً سيئا أو مثل ذلك . فإذا لم تقم مثل هذه الأسباب الخاصة ، كان التحول جائزا .(١)

٢ — التصرفات المخالفة لتحريم قانونى :

وينطبق التحول كذلك فى مثل هذه الأحوال التى يكون فيها التصرف باطلا بسبب مخالفته تحريما قانونيا (م ١٣٤)(٢) ، إذا أمكن إيجاد تصرف جديد خال من العيب .

ويكون التصرف باطلا طبقاً للمادة ١٣٤ إذا كان القانون يحرمه بسبب صفة خاصة فيه رغم توافر جميع الأركان المستلزمة له .

وقد أجازت المحكمة العليا للدولة كذلك قابلية التصرفات الباطلة طبقاً للمادة ١٣٤ للتحول . وقد قال هذا صراحة الحكم (RG. 125/209) : « إن المادة ١٣٩ مثل المادة ١٤٠ تماما تشمل كذلك الأحوال التى يقع فيها البطلان طبقاً للمادة ١٣٤ وتحمى إرادة الطرفين مادامت لا تزال متفقة مع القانون رغم ارتباطها — فى تصرف مخالف للقانون — بإرادة مخالفة للقانون » . وفى هذا الحكم أقرت المحكمة العليا للدولة .RG جواز تحول العقد المسمى بعقد مدير الحصن(٣) Kastellanvetrag والذى كان بسبب مخالفته للمادتين ٣٣ ، ٤٥

---

(١) Fischer ص ٥٤ ، ٩٠ Küntzel ص ١٧ ، Weil ص ٤٤ ، Finger ص ٥٢ وطبقا لرأيه يسرى نفس المبدأ كذلك فى أحوال المواد ٢٠٧٧ ، ٢٢٦٨ .

(٢ — ترجمة) م ١٣٤ : يكون التصرف القانونى الذى يخالف تحريما قانونيا باطلا إلا إذا تبين من القانون غير ذلك .

(٣ — ترجمة) هو العقد الذى يقصد به التحايل على القانون الذى يستلزم الحصول على رخصة خاصة Konzession وذلك بالتمويه بجعله فى صورة علاقة استخدام -Anstellungs =

من قانون المهن Gew. O. باطلا ، إلى تحمل الضمان من قبل منشىء عقد الاستغلال Verpächter بأن يحصل المستغل على الرخصة (١) .

كما يؤكد الحكم RG. 121/96 كذلك أن « تحولا قضائيا فى أحوال تطبيق المادة ١٣٤ يكون جائزا بل مطلوبا » .

ويستبق الحكم RG. "Recht". 1922. Nr, 1334 عقد بيع يتضمن نصا مخالفا المادة ٥ من قانون تداول رأس المال Kapitalfl. G. الصادر فى ١٩١٩/٩/٨ عن دفع ثمن الشراء . ورأت المحكمة هنا تطبيق المادة ١٣٩ ورفضت الطعن بحجة أن الأمر يدور حول بطلان كامل ، إذ أنه لا يمكن التعرف على مصلحة عامة للدولة فى إعدام التصرف بأكمله . ونحن نقر الحكم فى نتيجته لا فى أسبابه.

ويرتفع فى وجه تحول التصرف المخالف للقانون الاعتراض بأن التحول يتضمن تحايلا على التحريم القانونى المتضمن فى المادة ١٣٤ . ولكن هذا الاعتراض يجب عدم الالتفات إليه لأن الغرض من تحريم التصرف ليس أن يأبى على الطرفين كذلك تحقيق غرضهما الجائز عن أى طريق آخر جائز . فإن تشكل الغرض على وجه ممنوع هو وحده المخالف للقانون ، وهو لهذا عديم الأثر . ولكن الطرفين يستطيعان تحقيق غرضهما المشروع فى كل صورة مطابقة للقانون ، وبهذا يكون هذا الاعتراض غير صائب .

فالفيصل فى التحول هو ما إذا كان النظام القانونى لا يقر الوسيلة القانونية المستعملة فقط ، أو أنه يريد كذلك أن يمنع بصفة مطلقة الغرض العملى المستهدف بهذه الوسيلة .(٢) فإذا كان القانون يحرم فقط الوسيلة التى اختارها الطرفان لتحقيق غرض مشروع فى ذاته ، فلن يقوم شك فى جواز التحول ، لأن الغرض

= أو استئجار - Miet أو استغلال Pachtverhältnis وهو لذلك باطل (قارن : RAG. 15/11 ؛ RG. JW. 1927/2209 بشأن بيع مصنع دخان Tabakwaren-verkauf والحكم JW. 1927/3398 بشأن رخصة صيدلى Apothekerkonzession والحكم RGZ. 155/138 بشأن مؤسسة تأمين Versicherungsbetrieb .

(١) كذلك أيضا ، OLG. 10/140 .

(٢) قارن Brasch .v س ٣٧ وما بعدها .

ليس مخالفا للقانون و يمكن كذلك تحقيقه عن طريق آخر مشروع . إلا إذا كان الغرض المقصود ممنوعا فى ذاته ، فحينئذ فقط يكون تحقيق الغرض ممنوعا كذلك عن أى طريق ، ولهذا يظل التحول هنا ممتنعا . ولهذا السبب استبعدت المحكمة العليا للدولة .RG (١) التحول لأن التصرف « يحتوى مضمونا يخالف التحريم القانونى » .

ولكن الزعم كذلك بأن كل التصرفات المخالفة للقانون تكون قابلة للتحول بغض النظر عن التفرقة المبينة أعلاه ، بحجة أنه لا يوجد فى المادة ١٤٠ أى قيد على شرط البطلان ، هذا الزعم يذهب إلى حد بعيد جدا (٢) لا يمكن قبوله . فإذا كان المشرع يحرم غرضا معينا ، فإنه لا يمكن تحقيقه عن أى طريق ، إذ يقف إزاءه التحريم التشريعى . فكل وسيلة قانونية كان يمكن أن تحقق هذا الغرض يجب أن تكون من بادىء الأمر عديمة الجدوى بسبب التحريم ، ولهذا يكون التحول ممتنعا .

ويتمسك القضاء دون خطأ و بحق بهذا الرأى بشدة (RG، 1924/1360 وغيره) .

يضاف إلى ذلك أن التحول يكون كذلك ممتنعا إذا كان أحد الطرفين يعلم عند إبرام التصرف بوجه مخالفة القانون . فإن إمكان التحول يكون دائما منغلقا إذا كان الطرف قد علم عند إبرام التصرف بالبطلان (أنظر ماسبق) ، ويتعثر التحول هنا بعنصر الإرادة غير الحقيقية . لهذا فإن حجة Siller التى تقوم على تطبيق المادة ٨١٧ تكون تزيدا ولا يمكن بداهة إعمالها بسبب ماسبق أن بيناه . ولاحاجة هنا كذلك إلى الكلام عن مخالفة موضوعية أو ذاتية للقانون ، إذا كان التحول ممتنعاً بسبب تخلف أحد شروطه ، فإن سبب ذلك يجب البحث عنه فى تنظيم التحول نفسه قبل الإلتجاء إلى نطاق النظم القانونية الأخرى .

ويسرى نفس المبدأ كذلك فيما يتعلق بتجاوز الحد الأقصى للثمن . فالغرض من هذا المنع هو ضمان ثمن ثابت بحيث يتسنى لكل الحصول على حاجته من السلعة . وتجاوز الثمن مخالف للقانون ويؤدى إلى بطلان التصرف بأكمله.

---

(١) Gruch. 50/99 .

(٢) يذكر v. Brasch بهذه المناسبة ، أن Wiechell ص ١٨ يذهب إلى هذا الرأى ولكننا لم نجد فى Wiechell شيئا عن ذلك .

ولا تنطبق هنا المادة ١٣٩ إطلاقا لأن مدار الأمر هنا هو بطلان كامل لا جزئى. لهذا ينطبق التحول هنا كذلك إذا توافرت شروطه الأخرى. وقد قضت المحكمة العليا للدولة .RG فى الحكم RG.88/250 فى قضية البطاطس المشهورة، باستبقاء عقد البيع فى حدود الثمن الجائز وإن كانت لم تشر فى أسبابها إلى المادة ١٤٠ [١].

٣ — تحول شرط الذهب إلى شرط قيمة الذهب.

ويدور الأمر فى شروط العملة الذهبية التى يحرمها القانون (أمر ١٩١٤/٩/٢٨ وفى مصر مرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ بفرض السعر الإلزامى) حول نوع خاص من التصرفات المخالفة للقانون. فهل تتحول هذه التصرفات بتطبيق المادة ١٤٠ إلى شروط قيمة الذهب بالذات ؟.

ويشترط تطبيق المادة ١٤٠ بطلان شروط الذهب وصحة شروط قيمة الذهب وما إذا كان الطرفان عند العلم ببطلان الأولى كانا يبرمان الثانية. فإذا توافرت هذه الشروط وجب السؤال عن جواز التحول. وعلى أى حال فقد نفت المحكمة العليا للدولة .RG [٢] جواز التحول فى هذا النطاق.

ولكن جزءا كبيرا من الفقه يؤكد جواز التحول فى مثل هذه الأحوال ويعتبره واجبا (٣).

ويبدو أن حكم المحكمة العليا للدولة يقوم على أسباب متعلقة بالسياسة الاقتصادية. ووجهة نظرنا أنه من الواجب تقرير جواز التحول، إذا كانت شروط الذهب هى وحدها الممنوعة، بينما أن شروط قيمة الذهب جائزة، لأن نتيجة التحول تكون متفقة مع غرض التحريم. أما إذا كانت نتيجة التحول تتعارض مع القانون، مثلا إذا كان غرض التحريم هو تثبيت سعر العملة الوطنية وليس

---

(١) كذلك أيضا RG. 169/140 ؛ v. Brasch. ص ٣٧ وما بعدها ، Finger ص ٩٣ ، Siller ص ١٩٧ ، Oertmann جـ ١ م ١٣٤ ، v. Brasch ص ٣٢ وما بعدها

(٢) 121/110 ؛ 103/348 ؛ RG. 181/141 .

(٣) Siller ص ١٦٥ ، Standinger م ١١٥ ، Nussbaum النقود Das Geld ص ٧٨ وفى JW. 1925/1483 ؛ Oertmann فى "die Aufwertungsfrage" ص ٢٧ ، Versicherung & Geldwirtschaft ص ٣١٣ وفى JW. 1928/1810 ؛ Behnes ص ٢٤ وما بعدها والفقه المشار إليه فيه .

مجرد المحافظة على أرصدة الدولة من الذهب ، فيكون التحول بالطبع ممتنعا(١) .

ويجيز الفقه والقضاء الفرنسيان التحول إذا كانت نتيجته دخول الذهب إلى فرنسا فقط ، أما فى الحالة العكسية فيكون التحول ممتنعا على أى حال ، وذلك فى المعاملات الدولية قبل سنة ١٩٢٨ ؛ أما منذ ذلك التاريخ فأصبح الشرط صحيحا فى المعاملات الدولية بنص تشريعى .

٤ ـ التصرفات المخالفة للآداب .

ويجب علينا أيضا أن نفحص مسألة ما إذا كانت المادة ١٤٠ تنطبق كذلك إذا كان التصرف باطلا بسبب طابعه المخل بالآداب الحسنة die guten Sitten (٢) طبقا للمادة ١٣٨ ؟ .

يكون التصرف باطلا لمخالفته للآداب ، إذا كان فى طابعه العام المستخلص من مضمونه وبواعثه وغرضه يصطدم طبقا للعناصر الذاتية والموضوعية بالشعور الأخلاقى لكل من يفكر طبقا للعدل والآداب العالية (٣) .

وهنا يجب أن تفهم « الآداب الحسنة » من وجهة النظر الذاتية subjektiv أى فى إطارها الزمنى والمكانى والاجتماعى (كذلك v. Brasch ص ٥٣). فإذا كانت مخالفة الآداب مقررة فى نص تشريعى ، فلا تقوم حالة مخالفة للآداب وإنما

---

(١) فى إجازة شرط قيمة الذهب : استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٢٠ ، ٢ مارس سنة ١٩٢٥ ، ٨ يونيه سنة ١٩٢٦ ، الحكم الصادر فى قضية بنك الأراضى سنة ١٩٤٠ بالدفع بفرنك بوانكاريه دون اعتداد بتخفيض سعر الفرنك سنة ١٩٣٦ . الحكم الصادر فى قضية شركة قناة السويس سنة ١٩٤٠ : « الغرض من مرسوم ٢ مايو سنة ١٩٣٥ هو منع تدهور العملة والشركة تحصل على أموالها بسعر الذهب فيجب أن تدفع ديونها بسعر الذهب أيضا » .

(٢ـ ترجمة) م ١٣٨ : يكون التصرف الذى يخالف الآداب الحسنة باطلا ويكون باطلا بوجه خاص التصرف الذى يحصل الشخص عن طريقه لنفسه أو لشخص ثالث على وعد بفوائد مالية أو ضمان لها فى مقابل الالتزام بحيث تزيد قيمتها عن قيمة الالتزام بدرجة أنه يتضح من الظروف أن هذه الفوائد المالية لا تتناسب إلى حد كبير مع الالتزام .

(٣) 48/144 ؛ 114/338 ؛ 107/210 ؛ 86/148 ؛ 63/364 ؛ RG.50/231 152/25 ؛ 140/190 . قارن Finger, v. Brasch . مشار إليه فيما سبق .

حالة مخالفة للقانون . ويقع البطلان كذلك حتى ولو كانت مخالفة الآداب غير معلومة لأحد الطرفين أو كليهما .

وتنطبق المادة ١٤٠ كذلك فى هذا المجال . فإذا كان الغرض العملى المقصود ليس مخالفا للآداب فلن يقوم أى اعتراض على جواز التحول ، إذ ليس هنا ما يبرر عدم جواز التحول طالما أن هذا الغرض فى ذاته مطابق للآداب . وعلى أى حال فإذا كان الغرض المقصود مخالفا كذلك للآداب ، يكون التحول ممتنعا.

وهذا الحل يطابق حاجات التعامل ولا يصدم الشعور الأخلاقى .

لهذا يمكن استبقاء عقد إنتاج بيرة باطل بسبب طول مدة الارتباط عن الوجه المعتاد باعتباره عقدا لمدة معقولة ، إذا وافق ذلك إرادة المتعاقدين غير الحقيقية(١). وقد بحثت المحكمة العليا للدولة .RG هذه الحالة من وجهة نظر المادة ١٣٩ ، كما كانت محكمة الاستئناف قد قضت ، ولكنها رفضت بحق تطبيق هذا النص «لأن العقد لمدة أقصر هو من وجهة نظر الطرفين ليس جزءاً أقل وإنما هو شيء آخر » . فالعقد كان فى مجموعه لا فى جزء منه فقط باطلا ، ولكن فات على المحكمة العليا تطبيق المادة ١٤٠ ، وكان من المتعين تطبيق هذه المادة للفصل فى القضية . فلو كان الاستبقاء موافقا لإرادة الطرفين غير الحقيقية ، لانطبقت المادة ١٤٠ دون شك(٢) . ولكن المحكمة العليا (RG. "Recht". 1928. Nr 44) أجازت استبقاء عقد تحريم منافسة يجاوز حدود المادة ١٧٤ من القانون التجارى باعتباره حظر منافسة للمدة الجائزة قانونا .

ويقر Finger (ص ٩٤) هذا الحكم . أما Siller (ص ١٨٢) فينكر هنا انطباق المادة ١٣٩ أو ١٤٠ لأن « النصوص المخالفة نفسها لا تقضى ببطلان التصرف بأكمله وإنما تترك كيانه القانونى قائما ، بغض النظر عن الاتفاق على الالتزام الوارد على القدر الزائد ، كما يفترض ذلك فى أحوال أخرى »(٣). ونحن نرى أن الأمر يدور فى هذه الحالة حول مخالفة للقانون (م ١٧٤ تجارى) لا حول مخالفة للآداب . ولكن فى الحالات التى لا يوجد فيها نص تشريعى فيجب إقرار المبدأ

(١) Fischer ص ٧٩ ، Manigk فى .Arch ص ٥٣١ ، Finger ص ٩٤ ، Siller ص ١٨١ ، v. Brasch ص ٥٧ .

(٢) ويؤيد تطبيق المادة ١٣٩ دون حجة حاسمة Warneyer فى .Arch. f Respr. Sachsen : 1931/527.

(٣) كذلك Lehmann ص ١٨٤ حيث يقوم نص تشريعى .

القائم عليه الحكم فى أساسه . وهذا الحكم يقره كذلك Lehmann حين يقول أن « التحول يكون كذلك جائزا ، إذا كان الطرفان كانا — من وجهة نظر شخص عاقل Vernünftigerweise — يبرمان العقد أيضا ، دون القدر الزائد عن المحدد(١) .

ولا اتفاق فيما يتعلق بتحول التصرفات الربوية (م ٢٣٨ ف ٢) . فيرى Siller (ص ١٨٣) أن هذه التصرفات تكون غير قابلة للتحول بسبب العنصر الذاتى . فحيث يكون السبب الأساسى الذى أنشأ البطلان هو غرض جزائى ، يكون التحول ممتنعا .

أما طبقا لرأى Lehmann (ص ١٨٤) فيكون البطلان الكامل غير مطابق للغرض من النص على البطلان : « فاستبقاء الجزء الباقى فى حدود القدر الجائز ، هو فى كل حال يكون مطابقا للغرض إلى الحد الذى يرى فيه المستغل نفسه فى التصرف الربوى استبقاء العقد » .

ويعتقد v. Brasch أن هذا الغرض الجزائى نفسه يؤدى إلى جواز إمكان التحول . « فإذا رؤى فى النصوص غرض جزائى ، فإن أكبر جزاء ، مقترنا بالنتيجة التى توافق المصلحة العامة على أكبر وجه هو ربط المرابى بتصرفه فى الحد الجائز ، بدلا من إعلان أن التصرف كله باطل لا يمكن إصلاحه وإعطائه بذلك الفرصة أن يحاول الأمر مرة أخرى بتصرف ربوى مع شريك مستعد لذلك » .

وقد أعملت المحكمة العليا للدولة .RG هذا الرأى حين قضت فى الحكم RG. 90/18 حيث دار الأمر حول عقد أبرم مصحوبا بشرط جزائى ربوى وكان لهذا باطلا ، باستبقاء جزء العقد غير المخالف للآداب عن طريق التحول .

ويجب ألا يكون الغرض المقصود مخالفا فى ذاته للآداب كما يجب أن يكون من الممكن تحقيقه عن طريق آخر مطابق للآداب . ويجب فى ذلك أيضا أن تكون الإرادة الفرضية موجهة إلى هذا الطريق الآخر المشروع .

فالمشكلة فى تحول التصرفات المخالفة للآداب هى فى البحث عن تصرف جديد يوافق الغرض المقصود فى التصرف الباطل ولا يتعارض مع الآداب . وفى ذلك

---

(١) JW, 1913. Nr. 4.S.18. ؛ Warn. 1918. Nr. 14 ؛ RG. 84/304.

يجب أن يكون التصرف الجديد كان يراد فى هذه الحدود وعند العلم بالبطلان[١].

أما إذا كان غرض الطرفين مخالفا بضرورة الحال للآداب ، فيكون التحول ممتنعا . فكل وسيله ، تحاول تحقيق هذا الغرض ، هى من بادىء الأمر عديمة الجدوى ، لأن الغرض نفسه لا تجيزه الآداب ، ولهذا لا يمكن تحقيقه ؛ مثلا فى الوعد بإعطاء مبلغ للتفنن فى السماح بالاتصال الجنسى أو فى الوعد لأغراض القمار ، أو فى اتفاق لتسهيل الطلاق ، فإن الغرض هو نفسه مخالف للآداب ، ولا يستطيع التحول نفسه أن يزيل هذه المخالفة للآداب (كذلك Siller ص ١٨٣) .

ولا حاجة هنا كذلك إلى التفرقة بين مخالفة الآداب ذاتيا وموضوعيا ، إذ لو علم أحد الطرفين بمخالفة الآداب ، لعلم كذلك ببطلان التصرف ، ولهذا يكون التحول بالنسبة له ممتنعا[٢] .

٥ً — تحول الالتزام المجرد بمبالغ نقدية :

إن التحول باعتباره مبدأ من مبادىء القانون الخاص لا يسرى فقط فى نطاق القانون المدنى بمعناه الضيق ، وإنما يمتد كذلك إلى سائر أنحاء القانون الخاص وخاصة القانون التجارى . فهناك تتطلب حاجات التعامل التجارى — قبل كل شىء — تطبيق هذا النظام بإلحاح خاص .

ولما كانت الوعود المجردة بمبالغ يحدد القانون شكلها ومضمونها إلى أقصى حد ، ويجب لهذا أن تحمل علامات محددة ، فيجب أن يراعى فى صدد قابليتها للتحول ما لها من صفات خاصة .

وكان Thöl [٣] يمثل فى فقه الشريعة العامة وجهة نظر مقتضاها أن استبقاء وعد باطل مثل الكمبيالة إلى وعد مجرد بدين ، ليس تحولا وإنما هو نتيجة قانونية لتلاقى تصرفين قانونيين فى وحدة واحدة. وطبقا لهذا الرأى فإن كل كمبيالة،

---

(١) v. Brasch ص ٧٠ : إن المصلحة فى حماية الآداب يجب أن تجيز إمكان التحول.

(٢) قارن v. Brasch ص ٥٢ ، Finger ص ٨٣ ، Siller ص ١٨١ ، Lehmann ص ١٨٤ ، Saleilles ص ٣٢٠ .

(٣) Handelsrecht جـ ٢ بند ١٥٥ ، ١٨٤ .

وليس فقط السند الإذنى وحده ، تستبقى باعتبارها تصرفا صحيحا . ولكن هذا ينقض كما بين v. Brasch بحق (ص ١٤٩) مضمون المصلحة فى النصوص الخاصة بالكمبيالة والسند الإذنى . وكان القضاء (RG. 8/41) فى بادىء الأمر يرفض التحول كذلك فى مثل هذه الأحوال .

ولكن المحكمة العليا للدولة .RG أجازت بعد ذلك تحول السند الإذنى[1] أو الشيك[2] الباطلين شكلا إلى وعد بالدين (طبقا للمادة ٧٨٠) أو إلى إنابة (م٧٨٣) أو إذا كان الساحب تاجرا إلى سند التزام تجارى (م ٣٦٣ تجارى) .

فالغرض الاقتصادى المطلوب سوف يتحقق فى نقطه الجوهرية عن طريق التحول ، ولهذا يكون التحول جائزا . ولذلك يمكن أيضا أن تتحول الكمبيالة الباطلة شكلا إلى إنابة مدنية أو تجارية أو — فى ظروف خاصة — إلى وعد بدين .

ويرى Siller (ص ١٧٤) أن هذا الاستبقاء لا يكون حالة تحول ، وهذا يسرى أيضا فى رأيه كذلك إذا دار الأمر حول استبقاء كمبيالة لأمر شخص ثالث باعتبارها إنابة طبقا للمادة ٣٦٣ تجارى أو ٧٨٣ مدنى وهو فى هذا يتبع وجهة نظر Thöl .

١ — ولما كانت الإنابة المدنية يجب أن تسحب على شخص معين ولهذا لا يمكن تظهيرها ، فإن تحول سند إذنى باطل أو شيك لحامله إلى إنابة مدنية يكون ممتنعا . وما يمكن أن يدخل فى الحساب كتصرف جديد عدا الإنابة التجارية، هو الوعد بالدين فقط . وعلى أى حال فإن المحكمة العليا لكولونيا OLG. Köln ، وقد أقرتها المحكمة العليا للدولة (RG. 45/245) ، حولت شيكا لحامله باطلا إلى تكليف بالدفع Zahlungsauftrag على أساس أن العبرة لدى الطرفين كانت بالغرض الاقتصادى فقط وهو الدفع .

٢ — والتوقيع بالإسم فى الكمبيالة والسند الإذنى والشيك إنما يستمد قوته الملزمة من الطبيعة الخاصة للكمبيالة أو الشيك فقط ومن النصوص القانونية المقررة لذلك ، ولا يمكن أساسا أن يستخرج من هذه إعلان إرادة ، ولهذا فإن التحول يكون فيها ممتنعا .

---

(١) RG. 48/223 ، 136/570 .

(٢) RG. 112/140 ؛ JW. 1926/570 .

وقد رأت المحكمة العليا للدولة (١) جواز تطبيق المادة ١٤٠ ولكنها استبعدت فى الختام تطبيق التحول بحجة أن الإنابة التجارية قد ظلت نظاما منفرد النوع حتى أنه لا يمكن أن يفترض بأى حال ، أنه كان أن يخطر ببال الطرفين أن يفكرا فى مثل هذا التصرف غير المستعمل إطلاقا فى التعامل وأن يريدا إبرامه . فالتحول يكون هنا ممتنعا بسبب تخلف الإرادة غير الحقيقية . ولكن مسألة الإرادة يجب عدم تعليقها على ما إذا كان التصرف الجديد معروفا للطرفين، إذ أنه من الممكن أن يدخل التصرف الأقل انتشارا فى الاعتبار كنتيجة للتحول[٢]. ولكن التحول يمتنع إذا كان يفترض أن الطرفين لم يكونا يريدان هذا التصرف الآخر ، لأن التصرف الجديد قليل الاستعمال .

وتوقيع الساحب الذى يقابل توقيع المنيب هو صحيح على هذا الاعتبار ، ولهذا لا يمكن أن ينتج فى نفس الوقت آثارا باعتباره وعدا بدين أو إقرارا بالضمان . إذا لا يمكن بمقتضى المادة ١٤٠ أن ينحل التصرف القانونى الواحد إلى تصرفين من نفس الشخص[٣] .

وتقوم مسئولية الساحب فى الضمان على النصوص القانونية الصريحة[٤] ، ولهذا فلا يمكن أن تدخل إرادة المسئولية Haftungswille فى الحساب[٥] . فلو أخذ بالتحول ، لسؤل الساحب لا باعتباره مدينا ضامنا ، وإنما كدين أصلى ، وهذا لا يوافق إرادته فى العادة .

٣ — وقبول الكمبيالة يمكن أن يتحول فى مواجهة الساحب إلى وعد بدين[٦] أو إلى قبول إنابة (٧) .

أما قبول الشيك فلا يلزم لا بمقتضى الشيك ولا طبقا للقانون المدنى ، ورغم

---

(١) JW. 1930/1377 .

(٢) قارن Siller ص ١٧٤ ، Schönwetter ص٣٢ ، v. Brasch ص١٤٨ .

(٣) Philipp فى JW. 1927/2973، Finger ص٨٨، Schönwetter ص٣٠ .

(٤) م ٨ من قانون الكمبيالة و ١٥ من قانون الشيك .

(٥) RG. 1920/568 .

(٦) Bayr.Z. 1925/214 : OLG. Augsburg ، قارن : OLG. München فى Seuff. 80, Nr. 22 ؛ RG. 136/207

(٧) ضد التحول إلى سند دين ، Schönwetter ص ٣١ .

ذلك فقد استبقت المحكمة العليا لهمبورج OLG. Hamburg(١) مثل هذا القبول باعتباره وعدا بدين . وعلى أى حال فإن هذا الحكم منتقد بشدة(٢) لأنه يناقض طبيعة الشيك باعتباره أداة دفع .

أما قبول السند الإذنى ، فلا يصح باعتباره قبول إنابة حتى لو كان القابل قد كتب بجانب توقيعه عبارة « مقبول » لأن القابل لم ينب إطلاقا .

٤ — أما التظهيرات الواقعة على كمبيالة أو شيك باطل ، والذى يتحول إلى إنابة تجارية أو وعد بدين ، فتظل صحيحة باعتبارها تظهيرات تجارية ولهذا لا تحتاج إلى تحول . فإذا وقع التحول إلى إنابة مدنية ، صحت باعتبارها حوالة(٣) . فلا يمكن لهذا أن تتحول هذه التظهيرات حتى إلى إقرار بالضمان أو إلى وعد بدين ، لأنها لا زالت صحيحة ، فضلا عن هذا فإن مسئولية المظهر فى الضمان إنما تستند إلى نصوص قانونية خاصة(٤) حتى أنه لا يمكن أن تدخل فى الإعتبار إرادة مسئولية لا حقيقية ولا تصورية(٥) .

أما فى التظهير المنقطع (تظهير غير صحيح على كمبيالة أو شيك صحيحين) فلا محل للمادة ١٤٠ . ففى التظهير المنقطع من أول الأمر لا يصبح المظهر المنقطع نفسه بتظهيرة هذا دائنا فى الكمبيالة. فالتظهير يعتبر حوالة فقط وحينئذ لا يستطيع الإعلان أن يكون فى نفس الوقت وعدا بدين أو إقرارا بضمان(٦) .

أما إذا قطعت سلسلة التظهير فيما بعد ، فإن الأمر يكون مداره حينئذ سقوط لاحق للأثر وليس بطلانا .

ويريد Bernstein(٧) أن يحول قبول غير المسحوب عليه إلى التزام مدنى على القابل بأن يفى بالكمبيالة باعتباره مدينا ختاميا ، وأن يحول التظهير المنقطع إلى وعد مدنى بالضمان .

---

(١) OLG. 45/82 .
(٢) Finger ص ٩٠ ، Schönwetter ص ٣٤ .
(٣) RG. LZ. 1911/841 .
(٤) م : ١٤ من قانون الكمبيالة و ٨ ، ٩ من قانون الشيك .
(٥) JW. 1930/82 مصيبا بحق .
(٦) قارن Philipp ، Schönwetter, Finger مشار إليهم أعلاه .
(٧) Gruch. 69/43 ؛ JW. 1926/497 .

ويعترض Klausing(١) على مثل هذه المحاولات حيث يقول « أنه من الخطأ مؤكدا أن يرفض التحول طبقا للمادة ١٤ بصفة عامة ، حيث توجد إرادة التزام لا يمكن إنكارها بحجة أن نصا قانونيا خاصا بالشكل لم يراع، على أنه من الناحية الأخرى يعتبر كذلك خطأ تاما ، إحين يراد أن يستدل من قصد إنشاء التزام بإعلان إرادة خاص مقيد بالشكل على إرادة ... الخ أن يفترض عن طريق التصور أن إعلان التزام غير مقيد من حيث مضمونه بالشكل ويخضع كما فى التتبع القانونى لقواعد أخرى مختلفة جوهريا ، كان يجب أن يصدر أو أنه كان قد يتحمل عند العلم بحقيقة الأشياء . فلا يمكن بمثل هذا العمل غير الجائز من حيث طريقة البحث (بقيود) أداء أية خدمة لا لحاجات الثقة فى المعاملات التعاقدية ولا للاستقرار القانونى قبل كل شيء » .

أما Siller (ص١٧٦) الذى يأخذ بهذا الرأى فيسلم رغم ذلك بأن هذا النظر إنما يتعلق فى الواقع بالسياسة التشريعية ، وكان يجب كذلك عند تلاقى الكمبيالة مع تصرفات مدنية فى وحدة واحدة ، أن يعترض صحة هذه الأخيرة .

وقد رفضت المحكمة العليا للدولة RG.(٢) تحول تظهير واقع على كمبيالة باطلة إلى حوالة دين ذات أثر أكبر على أساس أن الأثر الذى يقوم على أساسه تظهير الكمبيالة يختلف عن الأثر الذى تقوم حوالة الدين اقتصاديا على أساسه .

٥ — أما تحول الكمبيالة أو الشيك المتقادمة أو الساقطة فممتنع إطلاقا . فانعدام الأثر يقع لأول مرة فى تاريخ لاحق ، ولكن التصرف كان فى وقت إبرامه كامل الصحة .

وأخيراً فإذا كانت إرادة الطرفين قد اتجهت بصفة نهائية إلى إنشاء كمبيالة أو شيك فقط فيكون التحول ممتنعا كذلك. (٣) .

أما فى القانون المصرى ، كما فى القانون الفرنسى ، فيستند تحول الكمبيالة أو الشيك إلى نص قانونى . فطبقا للمادة ١٠٥ تجارى مصرى ، تتحول الكمبيالة

---

(١) JW. 1930/3761 .

(٢) RG. 130/82 ؛ D. R. Z. 31. Nr. 3. ؛ JW. 1930/3761 .

(٣) R.G.H. Respr. 1929. Nr. 2073 قارن v. Brasch ص ١٤٧ ، Siller ص ٢٧٤ ، Schönwetter ص ٣٢ ، Finger ص ٨٨ .

الباطلة شكلا إلى سند دين مدنى ، أو تجارى ، إذا كان الساحب تاجراً. كما يتحول التظهير الباطل طبقا للمادة ١٣٣ تجارى مصرى إلى وكالة (١). كما يرى الفقه كذلك أنه يمكن تحول الكمبيالة الباطلة بسبب عدم أهلية الساحب إلى سند دين مدنى .

٦ — التنظيم التشريعى للتحول فى حالات خاصة .

إن تضمن المادة ١٤٠ للمبدأ الأساسى العام للتحول لا يجب أن يعنى أن هذا النص يستغرق كل نطاق التحول ، إذ توجد نصوص أخرى كثيرة تنظم تطبيق التحول فى حالات فردية معينة . وليست هذه النصوص الخاصة بطبيعة الحال تطبيقا مباشراً للمادة ١٤٠ ، وإنما هى على الأصح تقوم على الأفكار الأساسية لهذه المادة ؛ ويسرى بالنسبة لها كذلك المبدأ القاضى بأن النص الخاص يؤدى إلى استبعاد النص العام . ولكن هذا يجب ألا يؤدى (كما يفعل Fischer ص١٤) إلى وجوب قصر تعبير التحول Konversion على مجال المادة ١٤٠ وحده ، دون الحالات التى تنطبق فيها تلك النصوص الخاصة .(٢) إذ لا يمكن إدراك كيف أن التحديد القانونى لمبدأ معين يجب أن يؤدى إلى استبعاد الحالات الفردية الأخرى من نطاق هذا المبدأ (٣) . فالمشرع إنما ينظم تطبيق المبدأ العام فى الحالات الفردية وذلك فى الحقيقة إما لكى يمنع كل شك فى تطبيق التحول ، أو لأن الأمر يدور فيها حول حالات نادرة أو استثناءات خاصة ،أو لأنه يريد فى تطبيق التحول فى حالة معينة بالذات ، استبعاد سائر التصرفات الجديدة الممكنة لكى يكون واحد منها معين بالذات هو نتيجة التحول فقط . فمثلا المادة ٢١٧٣ تفترض وجود الإرادة غير الحقيقية(٤) ، بينما تستبعد المادتان ١٥٠ ، ٥٦٦ هذا

(١) بهجت بدوى ص ٤٢٣ ، السنهورى : العقد ص ٦٣٩ المصادر ، ص ٥٠٠ .

(٢) قارن Finger ص ١٨ ، Fischer ص ١٣ ، Schönwetter ص ٣ ، Küntzel ص ٣ ، Bichmann ص٢٩ .

(٣) مثلا التفسير منظم كقاعدة عامة فى المادة ١٣٣ ، وتوجد فضلا عن ذلك قواعد تفسير أخرى فى مجموعة القانون المدنى .

(٤) « عند الشك im Zweifel » تنص م ٢١٧٣ : إذا أوصى المورث بحق (شخصى) ثابت له ، إذا كان الوفاء به قد تم قبل واقعة الإرث وكان الشىء الموفى لا يزال موجودا فى التركة ، فيفترض عند الشك أن الموصى إليه يجب أن يحصل على هذا الشىء . فإذا كان الحق واردا على دفع مبلغ مالى ، فيعتبر عند الشك أن مبلغا معادلا قد أوصى به حتى ولو لم يوجد مثل هذا المبلغ فى التركة من قبل .

العنصر استبعادا تاما[١] .

وفى كثير من الأحوال يكون من الصعب جداً معرفة ما إذا كانت هذه النصوص الفردية تعالج حالات تحول خاصة أم حالات تفسير . ولكن إذا كانت نتيجة النص يمكن أن توجد فى واقعة التصرف نفسه فيكون الأمر مداره تفسير وفى الحالات الأخرى تحول . أما الفارق الأساسى بين الحالتين فهو أن قاعدة التفسير يمكن أن تستبعدها إرادة الطرفين دون قاعدة التحول[٢] .

(١ــ ترجمة) م ١٥٠ : القبول المتأخر الايجاب يصح باعتباره إيجابا جديدا (قارن م ٩٦ مدنى مصرى) ، م ٥٦٦ وفيها يستبقى عقد الإيجار الطويل المدة والباطل بسبب عيب الشكل الى عقد إيجار غير محدد المدة . وكذلك حالات أخرى فى المواد : ١٩٢٣ ، ٢١٠٢ مدنى ، ٢٠٥ من قانون الإصدار ، ٢٨٦ تجارى . قارن كذلك Küntzel ص ٢ .

وتنص المادة ٢٠٥ من قانون الإصدار : إذا كان الأب قبل نفاذ القانون المدنى ، قد استبعد الأم من الوصاية على الإبن على أساس القوانين القائمة فى ذلك الحين أو أقام مجلسا للوصاية إلى جانبها ، فيعتبر تقرير الأب هذا من تاريخ نفاذ القانون المدنى باعتباره تقريرا بإقامة مجلس الوصاية بجانب الأم فى معنى القانون المدنى .

(٢) كذلك Finger ص ١٠٨ .

الباب الثانى

الفصل السادس والعشرون

فصل التحول عن النظم المقاربة

بعد أن بينا ماهية التحول وأركانه وآثاره يتعين علينا الآن أن نحدد التحول عن النظم القانونية الأخرى المجاورة له والتى قد تختلط به ، وهى تندرج فى مجموعها تحت مبدأين ، « التفسير والبطلان الجزئى .

أولا — التحول والتفسير :

١ — ١) تتكلم المادة ١٣٣ (١) عن تفسير إعلان الإرادة وتقضى بالكشف عن الإرادة الحقيقية وعدم التقيد بالمعنى الحرفى للألفاظ . فمدار التفسير هو الكشف عن إرادة موجودة حقيقية ولكن لم يعبر عنها بوضوح ، أما مدار التحول فهو على عكس ذلك ، الكشف عن إرادة غير موجودة ، أو كما يقال تصورية أو غير حقيقية كما صاغت ذلك المحكمة العليا للدولة (RG. 110/39) ، لهذا تنفصل كل من الفكرتين وتبتعد عن الأخرى . ولهذا يقول Regelsberger (بند ١٧٦ هامش٥) بحق أن « التحول يجرى لا طبقا لنية الطرفين بل فى معناها » . فلو كان مدار التحول إرادة حقيقية فقط ، لكان نص المادة ١٤٠ تزيداً ، ولأصبح التحول إذن فكرة فرعية تنتظمها المادة ١٣٣ فى مضمونها .(٢)

فالتحول يدخل فى الاعتبار لأول مرة على الإطلاق ، إذا لم يساعد التفسير

(١ — ترجمة) م ١٣٣ : عند تفسير إعلان الإرادة يجب الكشف عن الإرادة الحقيقية لا الوقوف عند المعنى الحرفى للعبارات (قارن م ١٥٠ مصرى) .

(٢) شفيق شحاتة : الالتزامات ص ٨٢ : يفترض التحول ألا يثبت أن الطرفين قد أرادا العقد الآخر وإلا كان الأمر مجرد مسألة تفسير . كذلك عبد الحى حجازى : المصادر ص ٣٢٩ : التحول ليس تفسيرا .

(كذلك ما يسمى بالتفسير المكمل) التصرف المعيب على اكتساب الصحة(١) ، ولم تتمكن هذه المساعدة من الاستناد إلى الإرادة الحقيقية للطرفين ، فيجب أن تستند إلى الإرادة غير الحقيقية(٢) . ولهذا فإن وجهة نظر Windscheid من أن التصرف الجديد ليس إلا ناحية ـ لم تكن مكشوفة من التصرف الباطل ـ تستعاد ، لا يمكن إقرارها ، إذ بذلك يكون التحول قد خرج إلى الوجود عن طريق التفسير . ففى التحول لا يكون للتصرف الباطل أى صحة إطلاقا بعد ذلك ، ويقوم التصرف الجديد على إرادة للطرفين غير حقيقية ، وهذا لا يتيسر بدوره إلا عن طريق النص الخاص فى المادة ١٤٠ .

(ب) وقد يمكن أن يؤدى تفسير الإرادة الحقيقية إلى نتيجة هى أن الإرادة الحقيقية لم تخرج إلى الوجود واضحة بسبب طريقة التعبير المستعملة (وهى الحالة المسماة بالتسمية الغلط falsa demonstratio) ، وأن المعنى الحقيقى لهذه الإرادة لا يمكن كشفه إلا عن طريق التفسير ضد هذه الألفاظ . فهنا يدور الأمر حول تأويل Umdeutung أو تفسير ضد صريح اللفظ ، حيث يدور الأمر حول الكشف عن إرادة حقيقية رغم أن هذا الكشف يجرى ضد الألفاظ المستعملة. على أنه يجب أن يلاحظ فى ذلك أن التصرف ليس باطلا على الإطلاق ، لأن التسمية الغلط لا تؤدى إلى بطلان التصرف . فالتصرف صحيح ويستبقى باعتباره كذلك وإنما يصحح القاضى الإسم الغلط الذى استعمله الطرفان لذلك . مثلا يسمى الطرفان العقد المراد حقيقة باعتباره بيعا ، إيجارا ، فهنا يصح عقد البيع المراد ، إذ أنه لا يوجد عقد إيجار على الإطلاق . وبهذا يفترق هذا المسمى بالتأويل Umdeutung عن التحول ، ويؤكد هذا صحة الرأى بأن تعبير التأويل Umdeutung ليس على الإطلاق صحيح الدلالة على حالة التحول . ولهذا فإن رأى Dernburg (٣) من أن مدار التحول هو مجرد تغيير الإسم ، غير صائب ، لأن مثل هذا التغيير لم يكن يحتاج إطلاقا إلى نص تشريعى خاص ، وإنما كانت المادة ١٣٣ تغنى فى ذلك . وفضلا عن ذلك فقد حكمت المحكمة العليا للدولة (RG. 31/ 33)

---

(١) كذلك Siller ص ١٤٩ .

(٢) Fischer ص ٩ وما بعدها ، Voss ص ٥٣ ، Bichmann ص ٢٦ ؛ Finger ص ٩ ، Siller ص ١٤٥ ، Weil ص ٢١ .

(٣) Pand. جـ ١ ص ٢٨٩ ، القسم العام Allg. T. ص ٤٠٠ .

بأن تعبير القرض لا يكون فاصلا ، إذا تبين من مضمون العقد أن تصرفا آخر كان هو المراد » . (اعتبر مبلغ معطى تحت اسم قرض ، نصيباً فى شركة محاصة) .

فالعبرة ليست إذن باسم التصرف وإنما بمضمونه . فتغير الإسم ليس إلا مجرد تفسير للإرادة الحقيقية فى التصرف الذى لا يزال هو نفسه صحيحا (١) . وعلى عكس ذلك فى التحول ، فالتصرف المراد باطل ، ويدور الأمر حول الكشف عن إرادة غير حقيقية . لهذا يدور الأمر فى المادة ١٤٠ حول تحول التصرف نفسه وليس مجرد تغيير الإسم .

ولهذا فإن وجهة نظر Houin (٢) من أن مدار التحول هو غلط فى التسمية falsa demonstratio ولهذا يسمى التحول بالغلط فى الوصف disqualification هو خطأ واضح ، ولا يحتاج منا بعد ماسبق بيانه إلى رد خاص .

(ج) إذا ظهر فى مضمون التصرف نقص Lücke بحيث يهدد ذلك الغرض من العقد فى كله أو فى جزئه ، أجرى ما يسمى بالتفسير المكمل (م١٥٥ ، ١٥٧)(٣) ergänzende Auslegung . وعلى القاضى أن يكمل هذه الفجوة فى معنى إرادة الطرفين الموجودة ، كما لو كان الطرفان قد قاما بذلك لو علما بتلك الفجوة(٤) . فالتصرف فى حالة التكميل يكون دائما صحيحاً ، وإنما يكمل النقص فى معنى إرادة الطرفين الموجودة حقيقة ، ويظل التصرف نفسه محتفظا دائما بطابعه الأصلى . أما فى التحول ، فإن التصرف على عكس ذلك باطل ، ويختلف التصرف الجديد عنه لدرجة أن المشرع نفسه كان مضطراً لأن يتكلم فى المادة ١٤٠ عن تصرف « آخر » ، فالتحول يقوم فى حقيقته على كشف إرادة تصورية (٥) .

---

(١) فى هذا المعنى كذلك : عبد الحى حجازى س ٣٣٠ .

(٢) شروط تكوين العقد : دروس دكتوراه القاهرة ١٩٥٤ — ١٩٥٥ .

(٣ — ترجمة) م ١٥٥ : إذا كان الطرفان فى عقد اعتقدا أنه قد تم انعقاده ، لم يتفقا فى الحقيقة على نقطة كان من الواجب أن يرد عليها الاتفاق ، فيصح المتفق عليه فى الحدود التى يمكن فيها افتراض أن العقد كان يبرم كذلك دون تحديد لهذه النقطة (م ٩٥ مصرى) .

م ١٥٧ : تفسر العقود بما تقضى به الثقة والاعتقاد مع مراعاة عادات التعامل (م ١٥٠ مصرى) .

(٤) RG. 12/417 ؛ 93/213 .

(٥) RG. Seuff. A. 79. Nr. 31؛ OLG. Naumburg. JW. 1929/70 ؛ قارن Finger س ١٠ ، Siller س ١٤٨ ، Schönwetter س ٥٤ ، Küntzel س ٣

لهذا فإن وجهة نظر Saleilles من أن التحول يقوم على سلطة القاضى فى التكميل ، لا يمكن إقرارها (١) ولا تحتاج منا إلى رد خاص .

د — أما العلاقة بين التحول والتفسير فنحددها فيما يلى .

فعن طريق التفسير ، يتثبت من أن التصرف الأول أراده الطرفان حقيقة وأنه باطل ثم أى غرض أراد الطرفان بالتصرف الباطل تحقيقه ، وما إذا كان هذا الغرض يمكن تحقيقه عن طريق تصرف آخر (٢) . وبعد ذلك فقط يبدأ الكشف طبقاً للمادة ١٤٠ عما إذا كان الطرفان كانا عند العلم بالبطلان قد يريدان التصرف « الآخر » .

هـ — كذلك ينفصل التحول عن الحالة التى يكون فيها ما أراده الطرفان مشكوكاً فيه من بادىء الأمر . إذ أن التحول يتطلب كشرط أساسى ، أن يكون التصرف الباطل قد أراده الطرفان حقيقة . فى هذه الحالة يكون من شأن التفسير كشف ماذا أراده الطرفان حقيقة . فإذا كان هذا غير ممكن لم توجد واقعة تصرف قانونى ، إذ تكون إرادة التصرف القانونى قد تخلفت . أما إذا كشفت إرادة الطرفين الحقيقية عن طريق التفسير ، وكان التصرف المراد باطلا حقيقة كذلك ، فيمكن حينئذ فقط أن يدخل إمكان التحول فى الاعتبار (٣)

٣ — إذا كان الطرفان قد توقعا البطلان من قبل وتوافقا على تصرف « آخر » لمواجهة هذه الحالة ، فلا يوجد تحول فى معنى المادة ١٤٠ ، وإنما تطبيق لإرادة الطرفين التى قد يساعدها التفسير على اكتساب الصحة . لهذا فإن الأمر فى شرط الإلحاق لا يدور حول تحول وإنما حول تفسير . (٤) .

---

(١) "Cette application, faite par la loi à l'espèce Prévue par l'art. 140, confirm donc, en l'illustrant par un exemple, le pouvoir supplétif réconnu au juge sur l'art 133". ثم فى ص ٣٢٠ "art. 140 n'est qu'une application particulère" (de ce pouvoir). وكذلك أيضا السنهورى ص ٥٠٣ ، بهجت بدوى ص ٤١٠ ، وليم سليمان قلادة ص ٢٠٠ .

(٢) Bichmann ص ٢٧ ، Schönwetter ص ٤ .

(٣) قارن Küntzel ص ٣ ، Voss ص ٦٠ ، Weil ص ٢١ ، Rutenbeck ص ٢٦ .

(٤) Siller ص ١٠٧ ، Römer ص ٦٧ ، Voss ص ٥٤ ، Schönwetter ص ٣ .

٣ - فى حالة الصورية طبقا للمادة ١١٧(١) يكون التصرف الصورى لم يرد أصلا من الطرفين ، وهو لهذا باطل ؛ أما التصرف المستور فهو المراد وحده على عكس ذلك وهو لهذا صحيح . أما فى التحول فإن الطرفين أرادا التصرف الأصلى حقيقة واعتقدا حقيقة فى صحته أيضا . ولم تكن الإرادة موجهـــة إطلاقا إلى التصرف الجديد ، لأن الطرفين لم يفكرا فيه إطلاقا وتستند صحته إلى القانون وحده لا إلى إرادة الطرفين . ولهذا فلا يوجد فى حالة الصورية أى تحول . ولكن يجب ملاحظة أن التصرف المستور قد يكون باعتباره تصرفا مراداً باطلا ، محلا للتحول كذلك إذا كان فى الحقيقة باطلا (٢) .

٤ — ويجب كذلك فصل التحول عن تصحيح التصرف Heilung وهى حالة التصرف المنشىء لالتزام والباطل بسبب عيب الشكل والذى يصبح بالوفاء الإرادى كما لو كان صحيحا من بادىء الأمر . (م ٥١٨ ، ٧٦٦ ، ٣١٣) . فهنا يكتسب التصرف الباطل الصحة بعمل من المتعاقدين ، أى أن صحته تستند إلى إرادة الطرفين الحقيقية ، وهى تقع دون تغير فى طبيعة التصرف . وهذا يصح كذلك بالنسبة للتصحيح اللاحق Konvaleszenz (م ٣١٣ ف ٢ ، ٥١٨ ف ٢ ، ٧٦٦ ف ٢) .

٥ — كذلك فإن الاعتراف بالدين (م ٦٠٧)(٣) Schuldanerkennung والتجديد ليسا من حالات التحول ، إذ يستند فيهما التصرف الجديد إلى إرادة حقيقية للمتعاقدين .

٦ — كما أن العيب اللاصق بالتصرف يرتفع فى حالة الإقرار (م ١٠٨) والإجازة (م ١٤٤)(٤) بإعلان إرادة صاحب الحق فى ذلك . بل وأكثر من

(١ — ترجمة) م ١١٧ : إذا كان إعلان الإرادة — الذى يجب توجيهه لشخص آخر ، قد صدر صوريا فقط بموافقة الطرف الآخر فإنه يكون باطلا . فإذا ستر التصرف الصورى تصرفا آخر ، فتنطبق القواعد الخاصة بالعقد المستور .

(٢) رهن الحق الذى تستره حوالة حق ، هو غير صحيح بسبب تخلف الإعلان طبقا للمادة ١٢٨٠ . لهذا يمكن تحول الرهن الباطل المستور إلى إنشاء حق حبس على سند الدين . قارن Fischer ص ١٣ ، Finger ص ١٣ .

(٣ — ترجمة) م ٦٠٧ ف ٢ : من كان مدينا بنقود أو أشياء مثلية بسبب آخر ، يستطيع أن يتفق مع الدائن أنه يصبح مدينا بالنقود أو الأشياء المثلية على سبيل القرض .

(٤ — ترجمة) م ١٤٤ : يمتنع الإبطال ، إذا أجيز التصرف القابل للابطال ممن له حق طلب الإبطال . ولا تتطلب الإجازة الشكل المطلوب للتصرف (م ١٣٩ مصرى) .

ذلك فإن التصرف المعيب يحتفظ بطبيعته الخاصة ولا يحل أى تصرف آخر محله فى ذلك ، ولهذا لا يوجد أى تحول .

٧ — إذا كان لأحد الطرفين الحق فى أن يحل محل تصرف صحيح تصرفاً آخر، مثلا إذا أعطى المستأجر أو المزارع الحق فى أن يغير عقد الإيجار أو المزارعة إلى بيع ، فلا يدور الأمر حول تحول لأن التصرف المراد كامل الصحة ، ويقع التصرف الآخر بمقتضى إرادة الطرفين (ويسمى Dernburg باندكتت فقرة ٢٨٩ هذه الحالة بالتحول فى الموضوع Konversion der Sache nach وهذا غير صحيح) .

٨ — كذلك لا تنطبق المادة ١٤٠ فى حالة البطلان اللاحق . إذ ما دام التصرف المراد كان عند إبرامه صحيحا فيكون التحول ممتنعا . لهذا فإن رأى Perrin (ص ٢٣٨) من أن التحول ينطبق فى هذه الحالة التى يسميها البطلان اللاحق nullité à posteriori لا يمكن إقراره . وعلى هذا الأساس نفسه يكون تحول الكمبيالة التى سقطت بالتقادم ممتنعا[١] .

٩ — ويفترق عن التحول كذلك الحالة التى تحتوى فيها واقعة التصرف القانونى فى ذاتها على تصرفين بحيث يظل أحدهما صحيحا حين يسقط الآخر . ومثل ذلك الحالة التى يظل فيها الوعد بالدين Schuldversprechen المتضمن فى الكمبيالة قائما حين تسقط هذه بالتقادم[٢] . والتحول هنا ممتنع لأن التصرف الأول كان صحيحا عند إبرامه . وقد يكون من الممكن هنا الكلام عن نوع من التزاحم المدنى Zivilkonkurrenz الذى لفت Thöl إليه النظر . والواقع أن الأمر يدور هنا حول تفسير[٣] .

ثانيا — التحول والبطلان الجزئى (الإنقاص) :

كما يجب كذلك تمييز البطلان الجزئى عن التحول . والبطلان الجزئى تنظمه المواد ١٣٩ ألمانى و ١٤٣ مصرى . وتقرر المادة ١٣٩ ألمانى أنه : « إذا كان

---

(١) R. O. H. G. 9/353 ؛ 18/188 ؛ 22/304 (محكمة الدولة التجارية العليا) .
(٢) R. O. H. G. 9/553 ؛ Seuff. A. 42. Nr. 31 .
(٣) Siller ص ١٤٧ ، Voss ص ٥٤ .

جزء من التصرف القانونى باطلا ، يكون التصرف بأكمله باطلا ، إذا لم يمكن افتراض أنه كان قد يبرم كذلك دون الجزء الباطل » .

وتعالج المادة ١٣٩ الحالة التى يكون فيها التصرف مكونا من أجزاء قابلة للانفصال ومع ذلك تكون هذه الأجزاء المنفصلة وحدة واحدة . ويكون البطلان قد أصاب جزءا واحدا منها فقط أما الجزء الآخر فهو على عكس ذلك صحيح لا يمسه العيب . فتقيم المادة ١٣٩ القاعدة الأصلية وهى أن بطلان جزء من التصرف يؤدى إلى بطلان التصرف كله إلا إذا كان الطرفان كانا (عند إبرام التصرف) عند العلم ببطلان هذا الجزء ، قد يعقدان التصرف دون هذا الجزء كذلك . وطبقا لذلك يظل الجزء المعيب من التصرف باطلا ، أما الباقى غير المعيب فيكون على العكس صحيحا .

وطبقا للرأى السائد تقوم المادة ١٣٩ (مثل المادة ١٤٠) على إرادة تصورية[1] . وفى رأى Nolden (ص ٥٠ وما بعدها) أن المادة ١٣٩ إنما هى قاعدة تفسير رغم أنه يرى أن هذا النص يقوم على تصور للإرادة . ونقطة البدء عنده فى ذلك أن التفسير يمكن أن يقوم كذلك على إرادة تصورية[2] .

وبينما يكون جزء فقط من التصرف هو الباطل فى المادة ١٣٩ فإن المادة ١٤٠ تشترط بطلان التصرف بأكمله ، ونتيجة التحول إذن هى تصرف « آخر » . وعلى عكس ذلك فى المادة ١٣٩ إذ يظل الجزء السليم من نفس التصرف صحيحا ، بينما يسقط الجزء المعيب . وتبعا لهذا لا يوجد هنا تصرف جديد وإنما جزء من نفس التصرف ولا تتغير بذلك الطبيعة القانونية للتصرف .

وعلى أنه يجب ملاحظة أن المبدأين يقومان على نفس الفكرة الأساسية وهى استبقاء التصرف إلى أكبر قدر ممكن طالما أنه لا زال متفقا مع غرض المتعاقدين والقانون . أما بغض النظر عن هذه الفكرة الأساسية فإن كل مبدأ يأخذ طريقه الخاص .

لهذا أيضا كانت وجهة النظر فى الشريعة العامة التى يمثلها Thibaut وPuchta من أن التحول هو فكرة فرعية من البطلان الجزئى ، غير قائمة على أساس سليم .

---

(١) عكس ذلك Siller ص ١٤٩ ، المادة ١٣٩ هى تطبيق خاص لقواعد التفسير .

(٢) والظاهر أنه يقصد بذلك التكميل Ergänzung .

ولـكن ، كيف تقوم العلاقة بين كل من النصين ؟ . إن نتيجة المادة ١٣٩ هى إما بطلان التصرف كله وإما بطلان الجزء المعيب فقط وبقاء الجزء الباقى صحيحا .

فإذا قررت المادة ١٣٩ بطلان التصرف كله ، فيمكن أن يكون هذا التصرف الباطل محلا للتحول وتنطبق هنا المادة ١٤٠ . أما إذا كانت نتيجة المادة ١٣٩ هى البطلان الجزئى للتصرف ، فيظل الجزء الصحيح بالنسبة للتحول خارج الحساب ، أما فى الجزء الباطل فتنطبق على العكس المادة ١٤٠ ، إذا توافرت الشروط الأخرى ؛ وذلك لأنه باطل . فالقاعدة إذن هى أن التصرف سوف ينقذ بتعاون النصين من البطلان الكامل . فجزء يظل صحيحا فى صورته الأصلية عن طريق المادة ١٣٩ والجزء الآخر يكتسب الصحة عن طريق المادة ١٤٠ [١].

---

(١) OLG. 10/140 مناقش فى Fischer ص٨٣ ، LG. Leipzig. 1909/92 ؛ قارن كذلك الفقه عن التحول .

خاتمـــة

الفصل السابع والعشرون

وفى النهاية يمكننا كنتيجة لهذا البحث أن نقرر أنه لكى ينطبق التحول يجب استيفاء الشروط التالية : —

١ — يجب أن يكون التصرف الذى أراده الطرفان باطلا لأى سبب أو قابلا للإبطال أو غير صحيح .

٢ — يجب أن يوافق هذا التصرف الباطل العناصر الموضوعية لتصرف آخر صحيح .

٣ — يجب أن يكون التصرف الجديد تصرفا آخر . ويمكن فى ذلك أن يكون تصرفا من نوع آخر أو من نفس النوع مع مجرد تغيير المضمون .

٤ — يجب أن يكون من الممكن أن يتحقق الغرض العملى الذى استهدفه الطرفان بالتصرف الباطل عن طريق التصرف الآخر لكى يمكن قيام توافق بينهما .

٥ — يجب أن يقوم التصرف الجديد على الإرادة التصورية للطرفين ، التى كانت تكون لديهما لو كانا قد علما عند إبرام التصرف ببطلانه ، وفضلا عن هذا فيجب ألا تقوم إرادة عكسية فى ذلك .

فإذا توافرت هذه الشروط ، وقع التصرف الجديد صحيحا بأثر رجعى واستندت صحته إلى القانون مباشرة .

فالتحول هو طبقا لذلك ، خلق جديد للتصرف - يستند إلى القانون مباشرة - من وجود واقعة تصرف باطل ، لا يستطيع (التصرف الباطل) من تلقاء نفسه أن ينتج أية آثار متعلقة بالتصرف القانونى أيا كان نوعها .

وبتنظيم التحول يكون المشرع قد رفع آثار البطلان الخطيرة التى تبدو باعتبارها نوعا من العقوبة المدنية ، أو على الأقل أضعفها ؛ وبدون هذا التنظيم لم يكن من الممكن أن يجد التحول مكانا .

وبهذا يبدو واضحا ذلك التطور فى السياسة التشريعية ، الذى يحقق المشرع عن طريقه بمساعدة مثل هذه الوسائل جميع مبادىء القانون الأساسية فى الثقة والاعتقاد ويستطيع بذلك أن يخدم العدالة .

ولكن تنظيم التحول يبين كذلك ، كيف يمكن أن يكون النزاع بين إرادة الفرد وبين القانون كبيراً . ولكن هذا النزاع سوف يحل من ناحية واحدة فى غير مصلحة إرادة الفرد ، إذا لم يتدخل القانون نفسه بدوره ، بحيث تصح هذه الإرادة طالما قامت الإمكانية لذلك بالشروط السابق ذكرها .

ملحق
فى
تحول القرار الادارى

أولا — وضع المشكلة : تطبيق قواعد القانون المدنى فى القانون العام :

١ — إن بحث تحول القرار الإدارى يقتضينا قبل البدء فيه أن نبدأ ببحث مشكلة أولية وهى مدى إمكان الأخذ بقاعدة التحول فى القانون العام، مما يسوقنا بدوره إلى بحث مدى انطباق قواعد القانون المدنى فى القانون العام .

والمسألة محل البحث ليست مدى انطباق نصوص القانون المدنى على القانون العام وإنما انطباق قواعد القانون المدنى ؛ لأنه إذا كانت نصوص المجموعة المدنية قد عالجت أهم مشاكل القانون المدنى ونظمه ، فإنها لا تنتظم إلا ماهو جوهرى منها تاركة ماعداه للقواعد التى استقرت فى الفقه والقضاء على مدى أجيال متعاقبة ، بحيث أصبحت جزءا من الثروة القانونية للعالم المتحضر .

والذى يدعونا إلى هذا البحث ، أنه لم تصدر إلى الآن فى أى دولة مجموعة كاملة تقنن قواعد القانون العام وتضع الحلول التشريعية لمشاكله . وتعليل ذلك أن التقنين يفترض تطورا كبيرا فى النظم القانونية واستقرارا فى المبـــادىء الأساسية ؛ ودليل ذلك أن القانون المدنى لم يلق أول تقنين كامل له إلا بوضع مجموعة نابليون سنة ١٨٠٤ بعد مضى أكثر من ألفى عام على نشأته فى روما . أما القانون العام فهو قانون حديث النشأة ينفر من الاستقرار ويتعجل التقلب . فالقانون الدستورى وهو أصله لم يتخلص من الأحلام الفلسفية والمطالب السياسية إلا بانقلاب سياسى فى انجلترا وفرنسا ، ولا زال إلى الآن حائرا بين ضرورات السياسة وآمال الفلسفة . أما القانون الإدارى فلا زال فى أول نشأته حائرا بين سلطان الإدارة وتحقيق الأمن القانونى ، فلا يتصور إذن أن تقنن مبادئه ، والتقنين استقرار وهى لازالت فى دور النشوء والتطور وبينها وبين الاستقرار أمد بعيد .

لهذا لم يكن مستغربا أن يلجأ إلى قواعد القانون المدنى لاستلهام الحلول التى تطبق فى القانون العام ، كما لم يكن مستغربا كذلك أن يؤدى اختلاف طبيعة علاقات القانون العام عن علاقات القانون المدنى إلى الثورة فى وجه هذا الاتجاه ومحاولة وضع قواعد خاصة بالقانون العام منفصلة عن قواعد القانون المدنى . كما لم يكن غريبا كذلك أن تقوم محاولات لإدماج القانون العام فى القانون الخاص باعتباره الأصل (الفقه الأنجلوسكسونى والمدرسة الفرنسية القديمة) ،

او لإدماج القانون الخاص فى القانون العام (هانز كلسن والمدرسة النمسوية — ديجى ومدرسة بوردو) . ولكن يمكن أن نقرر دون تحيز إلى أحد الآراء المتطرفة، أنه لا خلاف بين فقهاء القانون العام والقانون الخاص على أنه حيث لا تقتضى طبيعة العلاقات العامة نظرا خاصا فى تأصيل القاعدة القانونية التى تحكمها ، فإنه يمكن ، دون تردد، تطبيق قواعد القانون المدنى على علاقات القانون العام، أو على الأقل الاستهداء بها فى الوصول إلى استنباط ما يحكم علاقات القانون العـــام من قواعد . فإذا كان لا خلاف فى الوقت الحاضر على أن علاقة الوظيفة العامة لا تخضع لقواعد عقد العمل ، فلا خلاف كذلك فى أن القواعد المدنية الخاصة بالإرادة تلق تطبيقا مقاربا فى القانون العام ، ولا خلاف على أن نصوص التقادم المدنية تسرى على علاقات القانون العام كذلك إلا إذا استبعدها نص خاص . كما أن القواعد التى تحكم مسئولية الدولة لا زالت تقوم فى أساسها على قواعد المسئولية المدنية . وأخيرا فإن المبادىء الأساسية بشأن القاعدة القانونية والحق لا زالت واحدة فى القانون الخاص والعام ، لأنها فى الحقيقة إعمال لمبدأ القانون فى ذاته فلا تقتصر على فرع من فروعه . إلا أنه إذا تنافرت طبيعة علاقة القانون العام مع قاعدة القانون الخاص ، تعين استبعاد تطبيق هذه القاعدة على تلك العلاقة .

ثانيا : تطبيق التحول فى القانون العام :

٢ — وقد بينا فيما سبق المبادىء التى تحكم تحول التصرف القانونى فى القانون الخاص ، وهى قواعد تستند إلى المـادة ١٤٠ ألمانى و ١٤٤ مصرى ، ولا نجد فى القانون العام نصا مماثلا لهذه النصوص . وقد بينا أن مجال التحول هو إعلان الإرادة الباطل إذا وافق آخر صحيحا وتوافرت نية التحول الإفتراضية . فإذا توافرت أركان التحول تعين على القاضى أن يحكم به ولو من تلقاء نفسه . فالتحول هو وسيلة فنية لإنقاذ الإرادة من مصير البطلان . فهل ثمة مجال لإعمال التحول فى نطاق القانون العام ؟ .

إن القانون حين يقرر بطلان عمل الإرادة يتجاهل فى الحقيقة واقعة من وقائع الحياة التى تمت واكتملت فيعتبرها كأن لم تكن . وإذا أراد القانون ألا يكون غريبا عن الحياة فيجب عليه ألا يبتعد عنها إلا بقدر ما تقتضيه ضروراتها هى

نفسها . فهو حين يبيح التحول إنما يخلق فى نفس الوقت وسيلة لإنقاذ الإرادة ورفع آثار البطلان عنها وبذلك ييسر التعامل ويقترب من ضرورات الحياة ويعمل على تحقيقها . فإذا كان هذا سببا كافيا لإقرار التحول فى القانون الخاص ومداره المصلحة الفردية ، فإنه يكفى من باب أولى لإجازته فى القانون العام ومداره مصلحة المجموع . كما أن ما للدولة من سلطان فى نطاق المعاملات العامة يقتضى هو الآخر تضييق مجال البطلان أو تخفيف آثاره ، ومن هنا نشأت قاعدة أن تصرف القانون العام لا يكون فى العادة عند الشك فى صحته باطلا بل يتعين رفع هذا الشك فى وقت قصير إما بحكم قضائى أو بعمل من الدولة نفسها . وهذا الأساس نفسه يوجب إجازة التحول فى القانون العام لأنه يؤدى إلى الإبقاء على الإرادة العامة وإنقاذها من مصير البطلان(١) .

لهذا فقد استقر القضاء الإدارى فى ألمانيا وثبت فى الفقه شبه إجماع على إجازة التحول فى القانون العام ، لأن حاجات القانون العام أشد إلحاحا فى تطلبه من حاجة القانون الخاص إليه . بل إن المحكمة العليا للدولة .RG لم تتردد فيما عرض عليها من دعاوى إدارية فى تطبيق التحول عليها . وكذلك لم تتردد المحكمة الإدارية الاتحادية .B.V.G.H منذ إنشائها فى الأخذ بالتحول كحقيقة مسلمة فى القانون العام .

وقد أثار بحث هذه المسألة على نطاق عام Voss فى رسالته السابق الإشارة إليها(٢) فعالجه Pappenheim فى مقاله المشهور بالإيجاب .

٣ — أما الوحيد الذى عارض فى ذلك فهو Rogge ويستند فى ذلك إلى عدة أسباب :

(ا) فالقرار الإدارى ينشأ بطريقة خاصة ، وتلازمه قرينة قانونية على صحته سواء من حيث شكله أو مضمونه . وأساس ذلك ما أقامه المشرع من ضمانات لجعل نشاط الإدارة خاليا من العيوب ، وذلك باختيار الموظفين من فئات خاصة وإقامة الرقابة الإدارية سواء الرئاسية أو من هيئات خاصة ، ثم الجزاءات التأديبية وأخيرا النصوص الخاصة بالشكل(٣) .

---

(١) Pappenheim ص ٦ .

(٢) ص ٤٢ .

(٣) Rogge ٤٤ .

ويرد على ذلك بأن هذا أدعى إلى إجازة التحول . لأن قرينة الصحة التى تلازم القرار الإدارى هى تعبير عن رغبة المشرع فى الإبقاء عليه ما أمكن ذلك وإبعاده عن مصير البطلان . فإذا ما سقطت هذه القرينة بتقرير البطلان ، فإن الإبقاء على إرادة الإدارة على وجه آخر يحقق الغرض الذى كانت تسعى إليه بعملها الباطل ويوافقه فى غرضه وعناصره ، هو الذى يتفق مع رغبة المشرع فى منع البطلان عن عمل الإدارة . أما الضمانات المقررة لخلو عمل الإدارة من العيب فيقصد بها فى الحقيقة إبعاد البطلان عن القرار الإدارى ما أمكن . فإذا لم تجد هذه الضمانات ووقع البطلان رغما عنها ، سقطت قرينة الصحة وكان من الواجب إجازة التحول لإنقاذ الإرادة إذا أمكن ، لا الوقوف عند البطلان وهو يجافى رغبة الشارع . فهذا السبب فى الحقيقة قد يكون له ما يبرره لو أريد به منع البطلان عن القرارات الإدارية إطلاقا ، أما والبطلان مقرر بإرادة الشارع نفسه ، فإن نفس هذا السبب يدعو إلى إجازة التحول .

(ب) ثم يبين أن إجازة التحول بصفة عامة فى القانون العام تؤدى إلى قلقلة خطيرة . إذ يمكن عن هذا الطريق ، وإرادة مصدر القرار هى التى تراعى وحدها عند تكوين الإرادة الإفتراضية ، أن يكون القرار الجديد وإن اتحد فى الغرض مع القرار الباطل ، مختلفا عنه فى المضمون ، وبذلك يتحمل المكلف بالقرار شيئا مختلفا عما أعلن به ، وهذا ينقض الغرض من إجازة التحول[1] .

والواقع أن هذا الاعتراض يتجاهل أركان التحول وأهمها موافقة القرار الجديد للباطل لا فى الغرض وحده بل فى العناصر كذلك . فاختلاف المضمون لن يمكن أن يتحقق على هذا الوجه ما دام شرط توافق العناصر متطلبا . بل إن شرط التوافق يحول بالذات دون الوصول إلى مثل هذه النتيجة . ثم إن التحول لن تجريه الإدارة نفسها ، وإنما الفرض أن القرار أبطلته المحكمة بعد اتخاذ الإجراءات القضائية التى يمثل فيها المكلف بل هو الذى يحركها عادة ، فهو على علم تام بكافة التطورات. فإذا ما أعملت المحكمة التحول ، فإن المكلف يكون أول من يعلم بالقرار الجديد . فلن ينطوى الأمر على مفاجأة له على الإطلاق . بل من الجائز أن يكون القرار الجديد أكثر فائدة له من القرار الباطل وهو لن يسوىء

---

(١) أعلاه

مركزه القانونى على أى حال . وأخيرا فإنه فى غير القرارات الصادرة من جانب واحد ، فإن الإرادة الإفتراضية التى يقوم عليها التحول ، لن تكون إرادة مصدر القرار وحده بل وإرادة المكلف كذلك .

(ح) ثم يحتج بأن كثيرا من القرارات الإدارية لا تنتج آثارها فى مواجهة المكلف فقط بل فى مواجهة الغير كذلك ، وإقرار التحول يمس الصالح المشروعة للغير الذين اعتمدوا على القرار الباطل فقط وقد لا يعلمون بالقرار الجديد . وهذه الاخطار لا يمكن أن تقع فى التحول المدنى حيث يؤخذ فى الاعتبار الإرادة الفرضية لجميع الأطراف ، كما أن آثار التحول إنما تقع بالنسبة لمن ساهموا فى إنشاء التصرف فقط. ففردية القرار الإدارى وازدواج آثاره بالنسبة المكلف والغير سبب جوهرى يحول دون إيجاد مبدأ عام للتحول[1] .

ويرد على ذلك بأن الغرض من القرار الإدارى هو إحداث أثر قانونى معين فى المركز القانونى للمكلف ، وهو لا يحدث فى العادة أثرا مباشرا فى مركز الغير. ثم إنه ليس للغير أن يستفيد من هذا البطلان ، لأن الإدارة تستطيع بدون حاجة إلى التحول أن تعود وتصدر قرارا آخر تحقق به نفس غرضها من القرار الأول مع اتقاء العيوب التى أدت إلى بطلانه . فضلا عن التحول إنما تعمله المحكمة بعد اتخاذ الإجراءات القضائية ، وهى كفيلة بأن يعلمه كل من يمس القرار الباطل مصالحه ويستطيع أن يتدخل فى الدعوى لحمايتها . وأخيرا فإن اشتراط التوافق كفيل بدرء مثل هذه الأخطار وهى أشد وقوعا بالنسبة للتحول المدنى على عكس ما يزعم Rogge ومع ذلك لم تكن سببا لاستبعاد التحول ، لأن شروط إعماله كفيلة بدرءها . ثم إنه عند بطلان التصرف المدنى الصادر من جانب واحد ، يمكن دون شك إعمال التحول بغض النظر عن أن إرادة صاحبه فقط هى التى تؤخذ وحدها فى الاعتبار عند تكوين الإرادة الإفتراضية بغض النظر عن آثاره التى حدثت بالنسبة الغير . ولا تقتصر آثار التحول المدنى على أطرافه فقط ، بل تمتد دون شك إلى الغير ، ولم يكن ذلك مانعا على الإطلاق من إجازة التحول[2] .

(د) ثم يذهب إلى أن القرارات الإدارية تختلف فى طبيعتها ، فأحيانا

---

(١) ص ٤٥ .

(٢) ص ٤٦ .

تتدخل للحد من حرية الأفراد والملكية وأحيانا تحول من تصيبه حقا دون أن تلق عليه عبئا، وأحيانا تصدر لصالح من تصيبه هو نفسه وأحيانا لصالح الغير أو المجموع.

ويرد على ذلك بأن شرط توافق العناصر واتحاد الغرض كفيلان بأن يقع القرار الجديد فى نفس النطاق الذى صدر فيه القرار الباطل ؛ وإنقاذ الإرادة خير من إهدارها . ثم إن هذا الخلاف فى نوع القرار الإدارى ليس من شأنه استبعاد التحول .

(ﻫ) ثم ينتهى إلى أن إجازه التحول تكون ذات أثر سيء على نشاط الإدارة ، إذ مما يزيد من عناية جهة الإدارة بعملها أن تدرك أنه يكون باطلا إذا شابه عيب ولا يتحول إلى عمل آخر(١) .

ويرد على ذلك بأنه لو صح هذا السبب ، لكان البطلان جزاء واجبا لأتفه عيب يصيب القرار ، حتى تبذل الإدارة أشد العناية بعملها إذا ما علمت أن أتفه عيب يؤدى إلى إهداره ؛ بينما ذلك يتعارض مع قرينة الصحة التى أسس عليها اعتراضه الأول . فضلا عن أن التحول لن يكون عاملا على تكاسل الإدارة وإهمالها لعملها ، لأن إعماله ليس بيدها تقوم به متى رغبت ، وإنما لا تجريه إلا المحكمة بعد اتخاذ الإجراءات القضائية ، وعلانية الدعوى تكفل التشهير بعيوب الإدارة وتكاسلها ، وهو ما تحرص على تفاديه لتبين للمحكمة أنها بذلت أقصى عنايتها وأن البطلان لم يكن راجعا إلى إهمالها وتكاسلها .

ورغم ذلك فبعد أن خصص Rogge أكثر بحثه لتصيد أسباب إغلاق التحول فى القانون العام ، عاد فى النهاية (ص ٤٧ وما بعدها) وأجازه ، وإن قصر ذلك على أحوال فردية لم يبينها، وإنما ضرب لها أمثلة يؤدى التعمق فى بحثها إلى إجازة التحول فيها وفى غيرها .

(و) أما الاعتراض الأخير الذى يمكن أن يشار ضد إجازة التحول فى القانون العام فهو اعتراض v. Turegg (٢) بأن القانون العام لا يتضمن نصا مماثلا للمادة ١٤٠ مدنى وبذلك لا يمكن تطبيقه . ويرد على ذلك بأن القانون العام لا يتضمن أى نص عام يبين نشوء القرار الإدارى وأركانه وعيوبه وبطلانه ،

---

(١) ص ٤٧ .

(٢) القانون الإدارى Verwaltungsrecht ص ٣٣ ، ٢٠٨ .

فلا يمكن الاستناد إلى تخلف النص فى مجال لا نصوص فيه إطلاقا .

ثالثا : أركان التحول فى القانون العام .

٤ — فإذا ما انتهينا إلى إجازة التحول فى القانون العام، وجب علينا أن نبحث أركانه وشروط إعماله . أما أركان التحول فهى (ا) وجود قرار إدارى باطل أو قابل للإبطال. فالتحول لا يسرى إلا على إعلان الإرادة ، فلا يسرى على الأعمال غير الإرادية مثل الفعل كأداء اليمين القانونية ، ولا على الوقائع القانونية مثل التفتيش(١) .

(ب) موافقة القرار الباطل لعناصر قرار آخر من حيث المضمون ومن حيث الشكل إذا كان القرار شكليا .

(ج) إمكان افتراض أنه عند العلم ببطلان القرار الأول فإن القرار الثانى كان قد يراد .

أما المسائل الفنية الخاصة فلا نعيد البحث فيها إذ يسرى عليها فى القانون العام كل ما قلناه فى القانون الخاص . وإنما نقتصر هنا على معالجة المسائل التى تثيرها طبيعة علاقات القانون العام .

٥ — ا - القرار الباطل :

يدور البحث ونحن بصدد القانون العام عن تحديد الأحوال التى تبطل فيها إرادة الدولة وإعمال التحول فيها . فإرادة الدولة ذات السيادة تظهر فى صور متعددة طبقا المجال الذى تباشر فيه نشاطها . وقد مضى الفقه على تقسيم وظائف الدولة تبعا لتقسيم منتسكيو للسلطات التى تباشرها ، إلى تشريع وقضاء وتنفيذ أو إدارة . فكل عمل السلطة التشريعية تشريع وكل عمل السلطة القضائية قضاء وكل عمل السلطة التنفيذية إدارة . ولهذا تكون اللوائح التشريعية قراراً إداريا لصدورها من الإدارة لا من السلطة التشريعية . وهذا هو المعيار الشكلى الذى يقيم التقسيم على أساس الإختصاص . أما المعيار الموضوعى فيقيم التفرقة على أساس طبيعة عمل الدولة نفسه لا على أساس الإختصاص العام للسلطة التى أصدرته،

---

(١) Pappenheim ص ٩ .

فتكون اللوائح التشريعية تشريعا رغم صدورها من الإدارة ، ويكون قانون الميزانية عملا إداريا رغم صدوره من السلطة التشريعية .

والذى يهمنا فى هذا الصدد أن إرادة الدولة إنما يتم التعبير عنها إما بالتشريع أو بعمل الإدارة . أما القضاء فليس فى حقيقته تعبيراً عن إرادة الدولة ، وإنما هو إنفاذ لهذه الإرادة فى الوقائع الفردية التى تعرض عليه . فهو لا يمثل إرادة مستقلة فى مقابل التشريع والإدارة ؛ ولهذا استطاع منتسكيو أن يقول عنه أنه كسلطة باطل على وجه ما en quelque façon nul (١) . ويبدو أنه أراد بذلك أن القضاء ليس له كيان مستقل باعتباره سلطة فى التعبير عن إرادة الدولة . إذ أنه مقيد بإرادة الدولة التى يعبر عنها الدستور والقوانين ، وهو لا يملك إلا تطبيق هذه الإرادة دون أن يستطيع أن يعبر عن إرادة خاصة به تقوم فى مواجهة السلطتين الأخريين .

ولما كان القضاء ليس إلا إنفاذا لإرادة الدولة وليس خلقا لها ، فإن عمله وهو الحكم لا يمكن أن يكون محلا للتحول حتى ولو كان باطلا . فضلا عن أن قيود الشكل الثقيلة تحول دون ذلك حتى لو تصور جوازه(٢) .

(٦) أما إعلان إرادة الدولة على الوجه الأكمل فيتحقق فى التشريع. والقانون

---

(١) Esprit des lois (1748). Livre XI, chapitre 6.

(٢) يعتبر Kormann فى كتابه System ص٢٧ من القرارات الإدارية عمل القضاء الذى ليس حكماً وإنما الذى له طابع التصرف القانونى . ويقاربه تعريف W. Jellinek فى Der Fehlerhafte Staatsakt . وبالرغم من أن Pappenheim ص٤٣ وما بعدها ، يذهب إلى ما نراه هنا ، إلا أنه يرى إمكان تصور التحول فى أحكام القضاء (ص٤٤ ، ٤٥) وذلك فيما يتعلق بالحكم الأجنبى الذى يطلب تنفيذه فى ألمانيا . فإذا كان هذا الحكم لا يجوز تنفيذه فى ألمانيا لمخالفته للنظام القانونى الألمانى فيعتبر لذلك باطلا فى ألمانيا ، إلا أنه بدلا من أن يقرر القاضى الألمانى هذا البطلان يحوله إلى حكم وطنى بنظام مشابه . ويضرب لذلك مثل الحكم الصادر بتقرير الانفصال الجسدى بين زوجين كاثوليكيين مقيمين فى ألمانيا من محكمة كاثوليكية أجنبية . فالانفصال الجسدى نظام لا يقره القانون الألمانى ولذلك لا يجوز للقاضى الألمانى أن يأمر بتنفيذ مثل هذا الحكم فى ألمانيا . ولكن يكون له بدلا من ذلك أن يحوله إلى حكم بإيقاف المعيشة الزوجية المشتركة (م ١٥٧٥ مدنى و ٤٨ من قانون الزواج سنة ١٩٤٦) ؛ وهو وإن لم يكن انفصالا جسدياً إلا أنه يتفق معه فى أغراضه وهو منع المعيشة الزوجية المشتركة دون تقرير الطلاق . وهذه الحالة حتى لو صحت لا تعارض المبدأ الذى قررناه .

الصادر من السلطة التشريعية المختصة لا يكون باطلا ، إلا إذا خالف الأوضاع التى رسمها له الدستور من حيث الشكل والإجراءات ، أو إذا خالف المبادىء التى وضعها الدستور من حيث موضوعه . فإذا كان العيب ناشئا عن عدم استكمال الإجراءات الدستورية فليس ثمة قانون إطلاقا ، ولهذا لا يمكن أن يوافق القانون الباطل قانونا آخر صحيحا . أما إذا كان العيب متعلقا بمخالفة الدستور من حيث الموضوع ، فالتحول ينغلق كذلك ، لأن أى تنظيم يسعى إلى نفس الغرض سوف يصطدم بالنص الدستورى ولذلك يكون غير جائز . فلا تبقى إذن إلا حالة واحدة وهى أن يكون العيب فيها لاصقا بإرادة المشرع لا بنص التشريع نفسه ؛ بأن يصدر القانون متفقا مع الدستور فى تنظيمه ، ولكن تكون الهيئة المشرعة قد أفصحت فى مناقشاتها أو فى المذكرة الإيضاحية للقانون أنها تقصد به غرضا معينا يتعارض مع مبادىء الدستور . مثلا يصدر قانون بتقرير معاش لكل موظفى الدولة ، ثم تذكر المذكرة الإيضاحية أنه لا يسرى على فئة معينة من الموظفين ، وتفصح مناقشات الهيئة التشريعية عن تأكيد هذا المعنى . فهنا تكون العبرة عند تفسير النص وتطبيقه لا بإرادة المشرع وإنما بإرادة القانون ، أى ليس بإرادة المشرع الحقيقى الذى أصدر التشريع فعلا ، وإنما بإرادة المشرع التصورى المستخلصة من مجموع نصوص التشريع والتى تتطور مع الزمن . فلا عبرة إذن بإرادة المشرع الفعلى المخالفة للدستور فهى لا تؤدى إلى بطلان القانون ، ما دامت إرادة القانون نفسه لا تتعارض مع الدستور . فهنا ينتهى بنا التفسير إلى تقرير الصحة للقانون نفسه ولا نكون فى حاجة إلى التحول لتقرير الصحة لقانون آخر يوافقه(١) . وفى هذا الإتجاه يقع حكم المحكمة العليا للدولة .RG الصادر فى ٢٧ نوفمبر ١٩٢٥ (٢) ، وكان الأمر خاصا بتطبيق قانون المعاش السكسونى الصادر فى ١٩٢٣/٥/٢٩ على أعضاء المجلس السكنسى . فالمذكرة الإيضاحية للقانون ومناقشات المجلس النيابى ، كانت كلها صريحة واضحة فى عدم سريانه عليهم ، بينما كان نص القانون نفسه عاما ولا يفيد القيد . فلما رفع النزاع وتمسكت حكومة سكسونيا بعدم انطباق القانون عليهم تمسكوا بعدم دستوريته لمخالفته للمادة ١٣ من دستور فيمار . فانتهت المحكمة إلى أن إرادة المشرع السكسونى لا اعتبار لها

---

(١) قارن Pappenheim ص ٥٧ .

(٢) .RG. 107/287

ما دام نص القانون نفسه لا يخالف الدستور ، وانتهت إلى سريان القانون عليهم لأن نصه لا يفيد المنع كما هي إرادة المشرع الفعلي ، ولذلك كان دستوريا ، بعد أن أعلنت أن إرادة المشرع الحقيق وإن خالفت الدستور فلا أثر لها على القانون نفسه الذى لم يعبر عن إرادة المشرع الحقيقى ، وبذلك نجا من العيب الذى شاب إرادة هذا المشرع ، وإنما كان تعبيرا عن إرادة القانون نفسه .

فلا مجال إذن لا نطباق التحول بالنسبة للتشريع .

ومع ذلك فيجب إدخال تحفظ على هذا المبدأ : فمثلا إذا كان الدستور يتطلب لإجراء تعديل فيه سواء بتغيير نص قائم أو إضافة حكم جديد إجراء خاصا مثل حضور عـدد معين من أعضاء المجلس وموافقة أغلبية معينة مما لا يتطلب فى القانون العادى ، ثم صدر قانون دستورى وافق عليه البرلمان ولكن بدون الأغلبية المطلوبة ، فالقانون باعتباره تشريعا دستوريا يكون باطلا ، ولكن إذا كان مضمونه مما يقع فى اختصاص المشرع العادى ، وكان بذلك يوافق قانونا عاديا ، فليس ثمة ما يمنع من تحول التشريع الدستورى الباطل إلى تشريع عادى .

وكذلك فى الصورة العكسية : إذا أصدر المشرع العادى قانونا عاديا وافقت عليه الهيئة التشريعية بأغلبية تزيد عن تلك التى تلزم لإجراء تعديل دستورى ، وكان القانون فى حقيقته مخالفا لقاعدة من القواعد الدستورية التى يجوز تعديلها بقانون دستورى ، فإن القانون يكون باطلا باعتباره قانونا عاديا لمخالفته لنص دستورى . ولكنه وقد توافرت له العناصر اللازمة للقانون الدستورى ، فليس ثمة ما يمنع من تحوله من قانون عادى إلى قانون دستورى باعتباره معدلا للنص الدستورى ، ولكن يلزم لذلك بداهة أن يتحد المشرع الدستورى والمشرع العادى .

٧ — ويتعين علينا قبل أن نصل إلى القرار الإدارى ، أن نعقب الكلام على القانون ببحث الأمر بالنسبة للوائح التشريعية . فاللائحة التشريعية هى ككل اللوائح عمل إدارى من حيث الشكل ولكنها تشريع من حيث الموضوع . لهذا يسرى عليها فى الواقع ما يسرى على القانون نفسه سواء كانت لوائح تفويضية أم لوائح ضرورة(١) .

أما اللوائح التنفيذية وهى الصادرة من الإدارة تنفيذا لقانون فلا نزاع فى أنها

---

(١) Pappenheim ص ٦١ .

عمل إدارى ، وبطلانها إما أن يرجع إلى بطلان القانون نفسه الذى استندت إليه أو إلى مخالفتها هى لهذا القانون. ففى الحالة الأولى يكون محل التحول ليس اللائحة وإنما القانون الباطل نفسه ، فيمتنع التحول كما سبق البيان . وفى الحالة الثانية لا يمكن أن يتحقق شرط التوافق لأن أى تنظيم لائحى موافق سيكون مخالفا للقانون كاللائحة الباطلة تماما ولهذا يمتنع التحول أيضا .

أما اللوائح المستقلة autonome ولوائح البوليس فهى لا تفترق عن القرار الإدارى ، إلا فى أن المكلفين بها هم عدد غير محدود بذاته من الأشخاص . فهى فى حقيقتها قرار إدارى عام لا فردى[1] ، فهى تستطيع أن تنشىء حقوقا والتزامات عامة ولكن لا تستطيع أن تنشىء قاعدة قانونية . ولهذا يسرى عليها كل ما يصدق بالنسبة للقرارات الإدارية .

٨ — أما الصور الأخرى التى يتم فيها التعبير عن إرادة الدولة باعتبارها دولة فينتظمها القرار الإدارى بأنواعه . ويقوم إلى جانبه التعبير عن إرادة الدولة لا باعتبارها دولة وإنما باعتبارها شخصا عاديا خاضعاً للقانون الخاص ، وهى تصرفات الدولة الخاصة التى تخضع لأحكام القانون المــدنى دون القانون الإدارى . ولا شك أن هذه الأخيرة تخضع لما يخضع له إعلان الإرادة الفردية من أحكام ، سواء اتخذت الصورة التعاقدية أو صورة التصرف القانونى من جانب واحد . فهى تخضع لكافة الأحكام المدنية سواء من حيث نشوئها وصحتها وبطلانها . ولهذا يجرى عليها التحول طبقاً للمادتين ١٤٠ مدنى ألمانى و١٤٤ مدنى مصرى .

أما القرار الإدارى فهو التعبير عن إرادة الدولة ، باعتبارها صاحبة السلطة العامة ، تتجه إلى إحداث أثر قانونى سواء بإنشاء علاقة قانونية أو تعديلها أو القضاء عليها . فالقرار الإدارى لا يفترق فى طبيعته الفنية عن التصرف القانونى الخاص ، فكلاهما تعبير عن إرادة تتجه إلى إحداث أثر معين فى عالم القانون . أما الفارق الجوهرى بينهما فهو فى إختلاف الشخص الذى تصدر منه الإرادة ، فهو فى الحالة الأولى الدولة أو فروعها المزودة بالسلطة العامة والتى تملك

---

(١) G. Jellinek فى كتاب القانون واللائحة Gesetz u. Verordnung ص ٣٨٦ .

الإجبار والتنفيذ المباشر ، وفى الحالة الثانية الفرد العادى الذى لا يتمتع بمثل هذه السلطة فى علاقته بغيره من الأفراد . ومن هذا الفارق وحده ينشأ الخلاف فى تقرير الأحكام لكل من النوعين من أنواع الإرادة . ويفترق القرار الإدارى عن التشريع ، فى أن الأخير يضع قاعدة عامة مجردة تسرى بالنسبة للمجموع أو لفئة غير محددة منهم ؛ بينما القرار الإدارى فردى الأثر ، يتوجه إلى شخص أو أشخاص معينين بالذات . كما يفترق القرار الإدارى عن عمـــل القضاء ، فى أن العمل الإدارى هو تعبير مستقل عن إرادة الدولة من شأنه أن ينشىء أثرا قانونياً ، أما القضاء فهو كما سبق القول لا يعبر بذاته عن إرادة خاصة للدولة ، وإنما يقتصر دوره على تطبيق هذه الإرادة وإنفاذها ، فهو يكشف عن حالة قانونية قائمة ؛ أى أن عمله يقتصر على تقرير ماهو كائن وليس له دور إنشائى كالقرار الإدارى .

٩ — وتطبيق التحول على القرار الإدارى يقتضى أن يكون هذا القرار باطلا . ويكون كذلك إذ كان بطلانه مطلقا ، أو إذا كان قابلا للإبطال وأبطل فعلا سواء بحكم من القضاء أو بعمل من الإدارة . أما قبل إيقاع الإبطال ، فإن قرينة الصحة التى تلازم القرار الإدارى تجعل من المتعين معاملته باعتباره صحيحا حتى ولو كان معيبا ، إذ أن مجرد طعن صاحب الشأن فى القرار لا يكفى لسلبه صحته ، ولهذا فإن التحول لا ينطبق على القرار الإدارى القابل للإبطال إلا بعد إتمام إبطاله فعلا(١) .

١٠ — ب — التوافق :

كما يتعين أن يوافق القرار الباطل عناصر قرار آخر صحيح . فيجب أن يكون القرار الجديد قراراً آخر غير القرار الباطل ، أى لا يكون هو نفسه ، بل يكون بينهما اختلاف ما سواء من حيث النوع أو المضمون فقط . ويجب أن يتوافق القراران الباطل والجديد سواء من حيث الشكل أو من حيث المضمون .

ويقتضى ذلك ألا يكون القرار الجديد يتطلب شكلا أشد من القرار الباطل .

---

(١) Pappenheim ص ١٧ .

فإذا كان القرار الأول باطلا لعدم استيفائه الشكل الكتابي فيمكن تحوله إلى قرار غير شكلي ، ولكن العكس لا يجوز إطلاقا .

لهذا لا يجوز تحول قرار إداري بنزع ملكية عقار ، كان باطلا ، إلى اتفاق مدني على نقل الملكية ؛ وذلك أن نقل الملكية المدني يتطلب عمل التخلي والقيد في السجل العقاري (في القانون الألماني) ، بينما قرار نزع الملكية لا يخضع لشرط القيد في السجل العقاري ؛ ولهذا لا يتحقق التوافق الشكلي ، فيمتنع التحول(١) .

أما العنصر الأهم في التوافق الشكلي فهو عنصر الإختصاص . وذلك أن الإختصاص وإن كان ركنا موضوعيا لا شكليا في القرار الإداري ، إلا أنه عند بحث ركن التوافق يكون ذا طبيعة شكلية ، ولهذا يتعين بحثه مع التوافق الشكلي(٢) . إذ يجب أن يتوافق القراران الباطل والجديد من حيث الإختصاص ، بمعنى أن يكون القرار الجديد من اختصاص نفس الجهة التي صدر منها القرار الباطل . أما إذا كان بطلان القرار الأول راجعا إلى عدم الإختصاص بالذات ، فيصعب تحقق شرط التوافق ، إذ أن القرار الجديد يكون مشوبا في الغالب بنفس العيب ، فلا يتحقق شرط صحته .

إلا أن الحالة التي تستحق البحث هي حالة اختلاف الإختصاص في القرارين ولكن مع وحدة الشخص الطبيعي الذي يلي أمر جهتي الإدارة في وقت واحد . وواضح أن وحدة الشخص الطبيعي لن يكون معناها توحيد الإختصاص أو تحقق توافقه . لأن الإختصاص هو إجراء شكلي يتعلق بأداء سلطات الدولة لوظائفها ولا يؤثر عليه أن يلي شخص طبيعي واحد اختصاص جهات متعددة . ولكن المثل الذي يستحق الذكر هنا هو الذي ضربه Pappenheim (ص ٢١) : فإذا صدر في ظل دستور بسمارك (١٨٧١ — ١٩١٨) أمر إمبراطوري إلى كافة سلطات البوليس في الإمبراطورية الألمانية ، فإنه يكون باطلا لعدم اختصاص سلطات الإمبراطورية بهذا الشأن . ولكن ألم يكن يمكن تحوله إلى أمر ملكي من ملك بروسيا إلى كافة سلطات البوليس في مملكة بروسيا ، خاصة وأن الذي وقع إلى جانب الإمبراطور باعتباره مستشار الإمبراطورية هو في نفس الوقت رئيس

(١) قارن Pappenheim ص ١٩ .

(٢) قارن Pappenheim ص ٢٠ .

وزارة بروسيا الذى يوقع إلى جانب ملكها . والواقع أن الذى يحول دون التحول هنا هو تعلق الإختصاص بتنظيم أداء وظائف الدولة واعتبار أن إرادة الدولة قد اتجهت إلى أن يكون الإختصاص منوطا بجهات الإدارة ووظائفها ، وليس بالشخص الطبيعي الذى يلى الوظيفة أو يقوم على أمر جهة الإدارة .

١١ — كذلك يجب أن يتوافق القراران الباطل والجديد من حيث المضمون، فيوافق القرار الباطل عناصر القرار الجديد . والتوافق ليس هو الإحتواء والتضمن كما سبق القول . وضابط التوافق هو الغرض العملى أو الإقتصادى أو القانونى الذى يستهدفه كل من القرارين كما سبق الإيضاح ؛ فيجب أن تكون النتيجة العملية المستهدفة بالقرار الباطل ممكنة التحقيق فى جوهرها بالقرار الثانى ولو على وجه مشابه على الأقل(١) . إلا أنه يجب أولا التحقق والتأكد من غرض القرار الباطل حتى يمكن بحث ركن التوافق الموضوعى . فإذا لم تتبين المحكمة هذا الغرض الحقيقى وجعلت الوسيلة غرضا ثم أجرت التحول ، فإن الحكم يكون أخطأ لا فى إعمال التحول فقط ، بل وفى تطبيق القانون إطلاقا . ويوضح ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا لسكسونيا Sächsiches O.V.G. فى القضية التالية (٢) : تلقى فلاح قراراً من البوليس يأمره بإزالة كوم السباخ الموجود فى أرضه فى خلال مدة معينة حددها له ، بحجة أنه يتفاعل مع تربة الأرض إلى حد عميق وهى هشة التكوين فتؤدى إلى تلويث المياه الباطنية . فلما تبينت المحكمة أن الأرض تحت السباخ وحوله إلى مدى كبير شديدة الصلابة وأن السباخ لا يتفاعل معها وبذلك لا يلوث الماء الباطنى ، أبطلت القرار ؛ ولكنها استبقته بحجة أن كوم السباخ يعتبر مباءة لتربية الحشرات المؤذية كالذباب بدرجة غير عادية . فالمحكمة لم تتبين الغرض الحقيقى من القرار . فهذا الغرض لم يكن مجرد إزالة كوم السباخ ، وإنما هو منع تلوث الماء الباطنى ، واعتقد البوليس أن خير وسيلة لذلك هى إزالة كوم السباخ . فالإزالة كانت وسيلة لتحقيق الغرض وليست الغرض نفسه . فإذا تبينت المحكمة عدم ملاءمة الوسيلة وجدواها ، وتلك مسألة واقع تنفرد المحكمة بتقديرها ، فأبطلت القرار ؛ فليس فى قضائها ما يعترض عليه . ولكن المحكمة تناست غرض القرار وهو مكافحة تلوث الماء الباطنى ، واعتبرت الوسيلة

---

(١) Pappenheim ص ٢٣ .

(٢) Entsch. d. Sächs O. V. G. 17/97.

وهى إزالة كوم السباخ غرضا ، ثم بحثت فى إمكان الوصول إلى ذلك عن طريق آخر ، فرأت أن كوم السباخ يعتبر مباءة للحشرات ، فإذا لم يكن يلوث الماء الباطنى فهو مباءة لتربية الحشرات ولهذا يتعين إزالته . لهذا استبقت المحكمة قرار إزالة كوم السباخ الصادر بقصد منع تلوث الماء الباطنى . وكان لذلك باطلا ؛ باعتباره قراراً لمكافحة انتشار الحشرات. وهنا يتناقض الحكم مع نظام التحول: إذ ضابط توافق القرارين الباطل والجديد موضوعيا هو الغرض وهو ما لم يتحقق فى هذه الحالة . فضلا عن أن المحكمة وقد تجاهلت الغرض الحقيقى للقرار واعتبرت وسيلته غرضا ، تكون قد جاوزت حدود سلطة القضاء ، وبدلا من أن تفصل فى المشروعية أقامت نفسها محل سلطة البوليس فى البحث عن تبرير آخر لاستبقاء القرار ولو تحت غرض آخر وهذا ما لا يملكه القضاء . فمكافحة الحشرات غرض آخر غير مكافحة تلوث الماء الباطنى ، وليس للمحكمة أن تبدأ هى من نفسها للقيام به . ولكن لو تصورنا أن الغرض الحقيقى للبوليس من إزالة كوم السباخ كان مجرد أسباب تجميلية من حيث الذوق العام والإحساس الجمالى ، وأخفى البوليس هذا الغرض تحت ستار مكافحة تلوث الماء الباطنى ، فهنا يكون الغرض الحقيقى للقرار هو الذوق والتجميل . فإذا أدركت المحكمة أن تحقيق هذا الغرض الحقيقى تحت ستار الغرض الظاهر للبوليس غير ممكن ، ثم عمدت إلى البحث عن تبرير آخر للوصول إلى الغرض الحقيقى ، فتبينته فى اعتبار كوم السباخ مباءة للحشرات ؛ فإن المحكمة تكون قد أخطأت كذلك ، لأنها لم تكن تستطيع أن تتبين من الأوراق الدافع التجميلى الكامن وراء قرار البوليس ، وليس لها أن تستند إلى علمها الخاص ؛ فضلا عن أن ظهوره كان يؤدى إلى إبطال القرار كذلك ، إذ أن غرض القرار كما عرض عليها كان مكافحة تلوث الماء الباطنى وليس مجرد إزالة كوم السباخ . فلو أرادت المحكمة إعمال التحول ، لوجب عليها أن تبحث عن قرار آخر يكون غرضه مكافحة تلوث الماء الباطنى وليس إزالة كوم السباخ(١) .

---

(١) ويصف هاتشك Hatschek فى كتابه Institutionen : § 131 هذه الحالة بأنها تحول، وواضح عدم صحة ذلك. ويهاجم هاتشك والحكم كل من W. Jellinek فى كتابه القانون الإدارى .Verw. R ص ٤٦٥ و Pappenheim ص ٢٦،٢٤ .

١٢ — ﺣ — الإرادة الإفتراضية :

أما الركن الثالث من أركان التحول فهو الإرادة الإفتراضية ، أى إمكان افتراض أن مصدر القرار لو كان قد علم عند إصداره بالبطلان ، كان قد يريد هذا القرار الآخر . ومن الناحية الفنية يجرى على الإرادة الفرضية هنا ما سبق بيانه عند الكلام على التحول المدنى . فالإرادة هى إرادة افتراضية ليست احتياطية ولا احتمالية . ويجب ألا يكون مصدر القرار قد علم عند صدوره بما لحقه من عيب وإلا امتنع التحول . ووقت تكوين الإرادة وإعمال التحول هو وقت إصدار القرار الباطل وليس أى وقت لاحق مثل وقت رفع الدعوى أو الحكم . إلا أنه يمكن للقاضى أن يدخل فى اعتباره الإرادة الحالية عند تكوين الإرادة الإفتراضية .

على أن أمر الإرادة فى القانون العام يقتضى بحثا خاصا . فالدولة وجهاتها الإدارية ليست شخصا طبيعيا يعبر بنفسه عن إرادته ، وإنما هى أشخاص معنوية يتولى شخص طبيعى أو مجموع من الأشخاص الطبيعية القيام عنها وباسمها بهذا التعبير . فهل العبرة بإرادة الدولة نفسها أو بإرادة الشخص الطبيعى الذى يمثلها وقد تختلفان ؟ . لا شك أن العبرة إنما هى بإرادة الدولة نفسها وليس بإرادة الموظف أو الهيئة التى تنوب عنها . كذلك فى القرارات الصادرة من هيئة متعددة الأشخاص ، فالعبرة بإرادة الهيئة وليس بإرادة من يتكلم باسمها . وتتضح أهمية ذلك عند تغير شخص مصدر القرار فيما بين صدوره وبين إبطاله وإعمال التحول . فقد يكون الموظف الجديد مختلفا مع الموظف الأصلى فيرى بطلان القرار أو عدم ملاءمته لتحقيق الغرض . ويتضح ذلك من المثل التالى : إذا منح مدير البوليس س الشخص ع رخصة لفتح محل لبيع الخمور بشرط ألا يستخدم ع هذا فى محله عناصر نسائية للخدمة . فكتب المواطن ج مقالا فى إحدى الجرائد محتجا على ذلك لأن هذا الترخيص يضيف إلى المحال الموجودة فى المدينة وهى زائدة عن الحاجة محلا آخر بغير مبرر . ثم مات س وخلفه ج فى منصبه فسحب الرخصة بحجة أن قرار منحها كان باطلا لأنه كان مقيداً بشرط . وقد أقرت المحكمة الإدارية العليا لبروسيا(١) هذا البطلان تطبيقا لنص المادة ٤٠ ف ١ من قانون نظام المهن وهو نص إلزامى . فلو كانت المحكمة قد أضافت إلى ذلك أن هذا القرار الباطل يوافق قراراً

---

(١) Pr. O.V.G.E. Bd. 10. S. 288

آخر صحيحا مصحوبا بتكليف متعلق بالآداب وهو منع استخدام العناصر النسائية، فإن هذا القرار وهو صحيح يوافق القرار الباطل ، وسوف يكتسب الصحة عن طريق التحول، إذا أمكن افتراض أنه كان قد يراد عند العلم ببطلان القرار الأصلى. ولكن مدير البوليس ج وهو طرف فى الدعوى يستطيع أن يتقدم إلى المحكمة بعدد الجريدة الذى نشر فيه مقاله عند صدور القرار الباطل ليثبت أنه لم يكن ليمنح هذه الرخصة إطلاقا ، أى يثبت أنه لم يكن ليريد استبقاء القرار بأية حال عند بطلانه . ولكن القاضى وهو يعمل التحول لا يقيم اعتباراً لإرادة مصدر القرار الحالية عند رفع الدعوى ، ولهذا فلن يعتد بإرادة خلفه الحالى التى قامت فعلا عند صدور القرار، وبهذا يجرى التحول. فإرادة الدولة ليست دائما إرادة القائم على تمثيلها. فهى لا ترتبط دائما بشخص المعبر عنها ، وإذا خرجت إلى الوجود فلن تحتاج فى استمرار تفهمها إلى ارتباطها بإرادة الشخص . إذ متى صدرت باعتبارها إرادة الدولة ، ظلت قائمة حتى ولو تغير شخص النائب بسبب الموت أو ماعداه . فالعبرة إذن بما كانت تكون عليه إرادة الدولة وقت صدور القرار الباطل عند العلم ببطلانه . وهى فى هذه الحالة إرادة مدير البوليس المتوفى لا الحالى[1] .

وإذا كانت إرادة الدولة هى التى تراعى وحدها فى تكوين الإفتراض فى القرارات الإدارية الفردية أى الصادرة من جانب الدولة وحدها دون تدخل من المكلف ، إلا أنه فى القرارات التى تقتضى فى صدورها مشاركة من قبل الفرد ، بحيث لا يمكن صدورها بإرادة الدولة وحدها ، بل يجب أن تتعاون فيها إرادة الدولة وإرادة الفرد ، فحينئذ يكون من المتعين إدخال الإرادتين معا فى تكوين الإرادة الإفتراضية اللازمة لإجراء التحول .

١٣ — د — سلطة القاضى فى تطبيق التحول :

ويسرى هنا ما سبق أن بيناه من أن القاضى يلتزم من تلقاء نفسه بإعمال التحول إذا توافرت شروطه . ولا يحتاج فى ذلك إلى طلب من صاحب الشأن ، بل إنه يستطيع إعماله ضد إرادة جميع أصحاب الشأن الحالية ، إذا ما تحقق من توافر الإرادة المفترضة عند صدور القرار[2] .

---

(١) قارن Pappenheim ص ٣٥ ، ٣٦ .
(٢) قارن ما سبق ذكره فى هذا الشأن من الرسالة و Pappenheim ص ٣٧ ، W. Jellinek فى Verw. R. ص ٢٦٥ .

رابعا :

١٤ — وفيما يلى أمثلة لتطبيق التحول فى أحكام القضاء .

(١) استبقت المحكمة الإدارية العليا لبروسيا .Pr. O.V.G فى حكمها الصادر فى ١٩١٢/١١/٧(١) قرارا بفرض الضريبة طبقا للمادة ٨٥ من قانون الموارد البلدية البروسى إلى قرار بفرض الضريبة طبقا للمادة ٨٣ من نفس القانون ، والنصان متعلقان بآثار التهرب من الضريبة من حيث القانون المالى . فالمادة ٨٣ تعطى البلدية الحق عند التهرب من ضريبة بلدية فى المطالبة اللاحقة بالمبلغ المتهرب منه . أما المادة ٨٥ فتعطيها الحق عند التهرب من ضريبة للدولة يترتب على التهرب منها الإلتزام بدفع مبلغ إضافى ، فى المطالبة اللاحقة بهذا المبلغ الإضافى . وقد استقر قضاء المحكمة على أن المادة ٨٥ تقتصر على الأحوال التى يغطى فيها الإيراد المنتج لضريبة الدولة وضريبة البلدية أحدهما الآخر ، لهذا فقد حكمت فى هذه الدعوى ببطلان قرار فرض الضريبة طبقا للمادة ٨٥ لعدم توافر هذا الشرط . ولكن مدير تقدير ضريبة الدولة فى هذه المدينة كان فى نفس الوقت عضو البلدية المختص بالضرائب البلدية ، فإذا قدم إليه بصفته الأخيرة إقرارات غير صحيحة تؤدى إلى التهرب من الضريبة ، فإن القرار الصادر طبقا للمادة ٨٥ بدفع الزيادة يوافق قرارا مماثلا بدفع الضريبة البلدية . فإذا توافر هذا الشرط الواقعى ، الذى كان يجب أن يتحقق منه قاضى أول درجة ولهذا أحالت المحكمة عليه الدعوى ، فقد رأت المحكمة أنه عند العلم ببطلان القرار الصادر طبقا للمادة ٨٥ ، فإنه يمكن افتراض أن القرار الموافق طبقا للمادة ٨٣ كان قد يراد .

(٢) وفى حكم آخر لنفس المحكمة(٢) استبقت فيه القرار الباطل برفض منح رخصة البناء : فقد رفض منح نجار رخصة بناء ورشة نجارة بحجة أن احتمال احتراق المبنى يعرض مخزن الذخيرة الحربية المجاور لخطر الإنفجار . فمنع الرخصة باطل إذ لم يكن يعترض إقامة المبنى أى سبب متعلق بأمن المبانى : ولكن إقامة المبنى كانت تعرض الطمأنينة العامة للخطر ، كما بين البوليس فى قرار المنع ، لأن النجار

---

(١) Pr. O. V. G. 62/481

(٢) Pr. O. V. G. 38/356

أصبح بقصده الذى أوضحه ، معرضا الراحة العامة للخطر . فالطمأنينة العامة وليس أمن البناء هو الذى كان يؤدى إلى منع إقامة المبنى . وغرض القرار الباطل كان منع البناء إطلاقا وليس مجرد حماية نظام المبانى بحيث يكون منع الرخصة مجرد وسيلة لتحقيقه . ولما كان فرعا البوليس كانا فى يد سلطة واحدة ، لهذا حكمت المحكمة بتحول قرار أمن البناء الباطل إلى قرار لحماية الطمأنينة .

(٣) وثمة حكم مماثل للحكم السابق من نفس المحكمة(١) : فقد رفض التصريح لطبيب ببناء مصحة بحجة أن الشارع الذى تقع فيه لا يحتمل ما سوف ينشأ عنها من ضغط المرور ، وبذلك كان القرار باطلا باعتباره قرارا لبوليس المبانى . ولكن المحكمة استبقته باعتباره قرارا متعلقا بأمن المرور ثم ألغته لعدم ملاءمة الوسيلة : فلا شك أن ضغط المرور يمكن أن يعالج بوسائل أخرى غير منع إقامة المصحة .

(٤) وفى الحالة التالية رفضت المحكمة تطبيق التحول على عكس رغبة الإدارة(٢) : فقد أقيم فى كنيسة كاثوليكية لم تكن تستعمل للأغراض الدينية عرض سينمائى رغم أن المقبرة المحيطة بالكنيسة كانت لا تزال فى حالة استعمال ؛ فمنع مدير الإقليم العرض لأسباب متعلقة بأمن المبانى . فلما أزيلت عيوب البناء الخطيرة واتضح قصد إعادة استعمال المبنى للعرض ، أصدر العمدة بناء على أمر مدير الإقليم ، أمرا جديدا بالمنع ولكن بناء على أسباب دينية ، ثم ذهب إلى أبعد من ذلك ، فعلق استعمال المبنى فى الأغراض الدينية على شروط متعلقة بأمن البناء . وقرار المنع لأسباب دينية باطل ، وقد كان مدير الإقليم يريد حتما استبقاءه من وجهة نظر أمن المبانى عند العلم بالبطلان . ولكن موافقة قرار بوليس المبانى للقرار الدينى الباطل المصحوب بتكليف بنائى ، إنما تتحقق من حيث الشكل فقط دون المضمون .

(٥) ومما يهمنا فى هذا الصدد الحكم الصادر فى ١٩١٢/٦/٢٢ فى الدعوى التالية(٣) : أقام رئيس الحكومة المحلية المنازعة الإدارية لصالح قسيس كان أحد

---

(١) Pr. O. V. G. 61/ 375.
(٢) Pr. O. V. G. 61/134.
(٣) Pr. O. V. G. 63/450.

المدرسين قد رفع عليه دعوى القذف الجنائية ، إذ أن هذا المدرس كان قد أصبح أبا غير شرعى لحذر القسيس زملاءه من التعامل معه . فرأت المحكمة أن هذه التحذيرات تقوم على أسباب روحية ولا يجوز رفع المنازعة الإدارية لصالح رجل دين . ولكن القسيس كان فى نفس الوقت مفتشاً للمدارس المحلية ويمكن اعتبار تحذيره القائم على أسباب روحية بمثابة أوامر رئاسية ؛ ونتيجة لذلك فقد استبقت المحكمة المنازعة المرفوعة لصالح القسيس ولكن باعتبارها مرفوعة لصالح موظف .

(٦) وفيما يلى حكم آخر لنفس المحكمة متعلق بالقانون البلدى(١) : فقد طلب مدرس أعزب من البلدية أن تدفع له فارق أجرة سكنه كاملا ، لأنه اتخذ له سكنا عائليا خاصا . فلما رفضت البلدية ، تظلم المدرس إلى الحكومة المحلية ، التى كلفت البلدية بناء على هذا التظلم ، بقرار مالى ملزم فى ١٩١١/٤/٨ أن تدفع له فارق الأجرة كاملا اعتبارا من ١٩٠٨/٨/٢٠ . وهذا القرار باطل،لأن القرار المحدد للدين الذى يقوم عليه الأمر المالى الملزم ، لا يمكن أن يتضمن إلزاما بدفع مبالغ متعلقة بالوظيفة لمدد تقع فى الماضى . ولكن يجوز على عكس ذلك، إجبار البلدية على الوفاء بالتزام قانونى عن الماضى إذا كان قد قام وتحدد فعلا وقت التقرير . ولما كان القرار المالى الملزم يوافق مثل هذا التكليف المقرر ، وكانت الحكومة تريده لو علمت ببطلان قرارها الأول ، فقد أعملت المحكمة التحول ورفضت دعوى البلدية .

(٧) وثمة حكم حديث أصدرته المحكمة الإدارية العليا فى هسن hess.V.G.H. فى ١٩٤٩/١١/١٨(٢) قضى بتحول إعلان تنبيه وجهته الإدارة لموظف بإنهاء خدمته طبقا لقانون التوظف فى هسن ، باعتباره سحبا لتعيينه طبقا لقانون موظفى البوليس الإتحادى .

(٨) وأخيرا فالمستقر فى قضاء مجلس الدولة المصرى أن حامل المؤهل العالى الذى عين بعد صدور قواعد الإنصاف فى درجة أقل من السادسة (قبل نفاذ

---

(١) Pr. O. V. G. 61/47.

(٢) Hess. V. G. H. Dtsch. Ver. Bl. 1950. S. 348 وتعليق W. Jellinek عليه . وقارن كذلك W. Jellinek فى Verw. R. ملحق سنة ١٩٥٠ ص ٢٠ على ص ٢٦٥ من الأصل .

القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١) يعتبر فى هذه الدرجة من بدء التعيين . وتحليل ذلك من الوجهة الفنية ، أن هذا القضاء قد استقر على أن قواعد الإنصاف لم تكن قاصرة على تسوية حال من كانوا فى الخدمة عند صدورها ، وإنما هى وضعت قاعدة ملزمة تسرى كذلك على كل من يعين بعدها ، مقتضاها أنه لا يجوز تعيين حامل المؤهل العالى فى درجة أقل من السادسة . والمنطق الفنى يقضى بأنه إذا عين رغم ذلك حامل مؤهل عال فى درجة أقل من السادسة أن يكون هذا التعيين باطلا ، مما يستتبع اعتبار علاقة الوظيفة كأن لم تقم إطلاقا . وقد قدرت المحكمة دون شك ماقد يترتب على ذلك من آثار خطيرة بالنسبة للموظف الذى قد يكون فى حاجة ماسة إلى مرتبه وبالنسبة للإدارة التى تجد نفسها ملزمة بإبعاد عدد كبير من عمالها ؛ فاستقر هذا القضاء على أن حامل المؤهل العالى يعتبر فى هذه الحالة معينا فى الدرجة السادسة منذ بدء التعيين . وفى ذلك إعمال واضح للتحول وإن لم تصرح المحكمة باستعمال هذا التعبير .

١٥ — بل وثمة أحوال يتحول فيها القرار الإدارى الباطل إلى عقد من عقود القانون المدنى :

١ — فمثلا التكليف بالضريبة ولو أنه قرار إدارى يلزم من يصيبه بدفع الضريبة سواء أراد أم لم يرد ، ولهذا فلا يمكن تصور تحوله إلى عقد خاص إطلاقا ؛ إلا أن مثل هذا الفرض لا يمتنع . ونقدم له المثل التالى المأخوذ عن Pappenheim (ص ٤٨) : فلو اتفقت بلدية مع مليونير يقيم فى دائرتها على أن يخضع للضريبة فى حدود قدر معين من دخله فقط ، وذلك بقصد إستبقائه فى إقليمها باعتباره مكلفا ماليا ؛ فقرار الضريبة الصادر بناء على هذا الاتفاق يكون باطلا لأن قوانين الضريبة لا يمكن تعديلها باتفاقات خاصة . ولكن لو كان الطرفان قد علما بالبطلان ، فيمكن دون تردد افتراض أنهما اتفقا على أن تدفع البلدية للمليونير مبلغا يعادل الفرق بين الضريبة القانونية والحد الأقصى المتفق عليه ، باعتباره تعويضا تعاقديا مدنيا فى مقابل ما يعود على البلدية من مزايا من بقائه فى إقليمها . فإذا اقترن هذا الاتفاق الخاص بتكليف ضريبى صحيح موافق للقرار الباطل ، فلن يقوم اعتراض فى طريق التحول .

٢ — وقد حكمت المحكمة الإدارية العليا ابروسيا(١) باستبقاء الوفاء المقدم

(١) Pr. O. V. G. 62/167

بالالتزام بتكاليف بناء الطرق باعتباره كفالة خاصة ، رغم أن الوفاء قد تم بناء على لائحة محلية ، أى نص من نصوص القانون العام . ولم تتعرض المحكمة لما تحققت منه محكمة أول درجة من وجود كفالة ، باعتبار ذلك مسألة واقع لا تدخل فى اختصاصها باعتبارها محكمة قانون .

بل ويمكن كذلك أن يتحول العقد أو التصرف القانونى الخاص إلى قرار إدارى .

(١) فقد حكمت بذلك المحكمة الإدارية العليا لبروسيا (١) فى الدعوى التالية: فلا يمكن أن يعمل مدرسا فى المدارس الصناعيه العامة إلا من كان موظفا ، فعينت مدرسة كيل Kiel للصناعات اليدوية نجاراً فنيا مدرسا بها بمقتضى عقد عمل خاص ، وأوضحت صراحة قصدها فى العقد من « ألا يكون له أى حق من حقوق الموظفين » . وبذلك كان العقد باطلا لمخالفته نصا من نصوص القانون العام الملزمة فى اتفاق خاص . ولما كان يجب افتراض أن كلا من مدينة كيل والمدعى كانا قد يريدان عند العلم ببطلان عقد العمل أن يتم تعيين المدعى موظفا ، لهذا قررت المحكمة بعد إلغاء حكم أول درجة أن النجار أصبح موظفا .

(٢) وقد استبقت المحكمة العليا للدولة .RG (٢) فى حكمها الصادر فى ١٩٠٨/١٢/٤ ، مع تطبيق صريح للمادة ١٤٠ مدنى ، تنازلا باطلا عن ملكية أراضى داير الناحية إلى البلدية لإنشاء شوارع ، بإعتباره إنشاء لإرتفاق عام ، وكان التنازل باطلا لعيب شكلى . « فلو علم الطرفان ببطلان التنازل عن الملكية ، لكان يمكن أن تثبت لديهما إرادة أن ينشأ عن العقد إلتزام المدعية أن تحمل أرضها بارتفاق مقتضاه أن تستخدم فى إنشاء الطرق . يؤكد ذلك أنه قد صرف النظر مؤقتا عن نقل الملكية ورغم ذلك فقد قدمت الأرض لبناء الطرق . وتحميل العقار بإرتفاق عام عمل غير مقيد بالشكل » .

(٣) كذلك إذا عينت بلدية بمقتضى عقد عمل خاص أحد الأشخاص مديراً لمينائها ، ثم زودته بسلطات عامة ، رغم أنه لا يجوز أن تثبت هذه السلطات إلا لموظف ، مثلا بأن خولته سلطات الأمن اللازمة فى الميناء ، فإن عقد العمل يكون باطلا ، ولكن المحاكم كان عليها أن تختار بين البطلان والتحول فأعملت

---

(١) Pr. O. V. G. 62/502.

(٢) D. J. Z. 1909/320

التحول وقررت أن الملتزم بالعمل يكون قد أصبح موظفا[1] .

١٧ — وأخيراً فثمة نوع من إعلان الإرادة الفردية ، التى تصدر عن الفرد نفسه لا عن الإدارة ، وبذلك لا تعتبر قراراً إداريا ، ولكنها توجه إلى الإدارة طالبة منها اتخاذ عمل إدارى وقد يصدر بناء عليها قرار إدارى . ولهذا فهى تمس القانون العام من هذه الناحية ، وهذه تخضع بلاشك للتحول عند توافر شروطه .

فقد حكمت المحكمة الإدارية العليا لبروسيا (٢) بذلك فى الدعوى التالية : فالاعتراض على الضريبة طبقا للقانون البروسى المنصب لا إلى أساس تقديرها وإنما إلى مقدارها فقط يكون باطلا إذا لم يبين القدر الذى يجب أن يخفض إليه، أى لم يبين القدر المتنازع فيه . وقد استبقته المحكمة باعتباره اعتراضا على ربط الضريبة بأكمله ، إذ لو علم الملتزم أنه يتعين عليه أن يبين المبلغ الذى ينازع فيه ، فإنه عند عدم قدرته على تحديده بنفسه ، كان بلا شك ينازع فى الربط بأكمله .

١٨ — خامسا : التفرقة بين التحول والنظم المقاربة .

أولا — أما التفرقة بين التحول والإنقاص فيحكمها نفس الضابط الذى وضعناه فيما سبق ، ولا خلاف على الأخذ بمبدأ البطلان الجزئى فى القانون الإدارى[3] .

ومن أمثلة الإنقاص حكم المحكمة الإدارية العليا لبادن[4] Bad.O.V.G. فى الدعوى التالية ، فقد تضمن قرار البوليس الباطل بإنشاء سلخانة جديدة النهى عن استعمال السلخانة القديمة فى حالتها القائمة . ولما كان القرار باطلا فيما يتعلق بالأمر ببناء سلخانة جديدة فقد استبقته المحكمة بعد إبطالها هذا الجزء ، فيما تضمنه من النهى عن استعمال السلخانة القديمة . وليس ثمة تحول هنا ، لأنه لا خلاف بين القرارين الباطل والجديد ، وإنما القرار نفسه يتضمن جزأين ، من أجل الأغراض الصحية

---

(١) Pr. O.V.G. 62/59 ؛ 74/272. ، R G. Z. 125/420 وقارن R.G. JW.1929/3381 Jellinek W. فى Hd. b. D. St. R. II. S. 22. وقارن بالملك سنة ١٩٣١ ، ١٩٤٨ وملحق سنة ١٩٥٠ .

(٢) Pr. O. V. G. 64/65.

(٣) راجع ما سبق بالرسالة فى هذا الشأن . وقارن Forsthoff فى كتابه القسم العام من القانون الإدارى Allg. Teil d. Verw. R. ص ٢٠٦ و ١١٦ .

(٤) Bad. V.G. H. Teil III Nr. 418. S. 232.

لا يجوز استعمال السلخانة القديمة » ، وهذا ما أبقته المحكمة ، ثم حذفت الجزء الباطل « ولهذا يتعين إقامة سلخانة جديدة » . فهى إذن حالة بطلان جزئى ، أبطلت فيها المحكمة الجزء المعيب من القرار وأبقت الجزء السليم .

ومن أمثلته كذلك أن تتضمن لائحة بوليس عقوبة تجاوز الحد الأقصى الجائز قانونا (قارن م ٣٩٥ عقوبات مصرى) ، فذلك لا يؤدى إلى بطلان اللائحة بأكملها وإنما يبطل فقط النص المقرر للعقوبة فيما جاوز الحد الجائز قانونا ، وتخفض العقوبة إلى هذا الحد فقط [1] .

ثانياً :

١٩ — أما الذى يحتاج إلى بيان خاص فهو التصحيح اللاحق للقرار الإدارى عن طريق تغيير السبب . وذلك بأن تقدم جهة الإدارة إلى المحكمة سبباً جديداً للقرار غير ذلك الذى استند إليه القرار فى صدوره وكان يؤدى إلى بطلانه . فكثيراً ما تخلط هذه الحالة فى بعض الفقه بالتحول رغم أنه لا صلة بينهما . إذ الذى يصحح فى هذه الحالة هو القرار المعيب نفسه وليس قراراً آخر ، وإنما من وجهة نظر أخرى غير تلك التى أدت إلى بطلانه [2] .

ومن الأمثلة التى كان يمكن أن يوجد فيها مجال للتصحيح اللاحق حكم المحكمة الإدارية العليا لسكسونيا السابق الإشارة إليه بشأن قرار إزالة كوم السباخ : فلو تقدمت الإدارة إلى المحكمة لتقول أنها قصدت بقرارها فى الحقيقة ، ليس مجرد مكافحة تلوث الماء الباطنى فقط ، بل وكذلك منع استخدامه مباءة للحشرات . فإن إدخال هذا السبب الجديد ، قد يكون مصححا للقرار بعد أن تبين بطلان سببه الأول إذا توافرت شروط التصحيح اللاحق .

وكذلك حكم المحكمة الإدارية العليا لبروسيا الصادر فى ١٨٨٦/٩/١١ [3] : فقد أصدرت إدارة بوليس شتيتين Stetin أمراً إلى بلديتها بالامتناع عن قطع الأشجار المغروسة على جوانب الطريق لأسباب صحية وتجميلية ، وبذلك كان القرار باطلا . فتقدم البوليس إلى المحكمة ليقول أن ذلك لم يكن هدفه الوحيد بمنع قطع الأشجار ، إذ أنه كان يستهدف كذلك حماية أمن مرور المشاة ، لأن الأشجار

---

(١) Rogge ص ٢١ ، Arnestedt ج ١ ص ٣٩٨ ، Rosin ص ١٨٢ .

(٢) Hatschek فى Institutionen ص ١٣١ ، v. Turegg ص ٣٢ ، ٢٠٧
قارن فى ذلك W. Jellinek ص ٢٦٤ وما بعدها .

(٣) Pr. O. V. G. 8/23.

تعتبر بطبيعتها حاجزا فاصلا بين طريق مرور المشاة وطريق مرور العربات . ولما تحقق للمحكمة صحة هذا السبب الجديد ، رفضت دعوى البلدية ، وأبقت على القرار بعد تصحيح سببه .

ويكون التصحيح اللاحق بتغيير السبب جائزاً ، إلا إذا كانت الواقعة التي صدر القرار الباطل بشأنها قد وقعت واكتملت في الماضي ، ولم تكن جهة الإدارة لتستطيع بعد إبطال قرارها الأول أن تعود لمواجهتها من جديد بعد تصحيح سبب القرار ؛ فمثلا لو أصدرت الإدارة قراراً بمنع اجتماع ما بحجة المحافظة على الأمن لما ينشأ عنه من مظاهرات واضطرابات ، فإذا أبطلت المحكمة القرار لعدم صحة السبب ، فلا تستطيع الإدارة أن تتقدم ، بعد مضي عام على الوقت الذي كان محدداً للإجتماع ، بسبب جديد ، لتقول أنها منعت الاجتماع لأن سلم المنزل الذي كان ينعقد فيه كان ضيقا وضعيفا ولا يحتمل هذه الصورة من الاستعمال . فنكتة السلم هذه لن تنقذ القرار من البطلان . على أن التصحيح بإدخال السبب الجديد لا يجوز أن تقوم به المحكمة من تلقاء نفسها وإنما يجب أن تتمسك به جهة الإدارة ، لأن نطاقه لا يكون إلا في مجال السلطة التقديرية ، وفي هذا المجال لا تستطيع المحكمة أن تحل نفسها محل الإدارة (١) . ويمثل ذلك حكمت المحكمة الإدارية العليا لبروسيا في الحكم الصادر في ١٩١٦/١١/٩ (٢) : فقد كان في وسط الطريق حجر كبير ، فأمر البوليس بإزالته لأن الطريق طريق عام . فلم تقر المحكمة ذلك لأن الطريق طريق خاص ، ويكون للبوليس أن يطلب إزالة الحجر من طريق خاص إذا كان يستعمل فعلا في المرور العام ، ولكن المحكمة رغم هذا النظر أبطلت القرار لأنه « صدر بمقتضى بوليس الطرق وليس بمقتضى بوليس الطمأنينة لحماية الحياة والصحة » .

ولنفس السبب كان حكم المحكمة الإدارية العليا لسكسونيا خاطئا إذ أجرت التصحيح اللاحق من تلقاء نفسها دون أن يتدخل البوليس ليقدم السبب الجديد. وكذلك رفضت المحكمة الإدارية العليا لبروسيا التصحيح بإدخال السبب الجديد

---

(١) عكس ذلك Friedrich في Pr. Verw. Bl. Bd. 45 (١٩٢٤) ص ٤٠٦ . ويهاجمه بشدة W. Jellinek في كتابه في القانون الإداري ص ٢٦٤ وفي Gesetz, Gesetzanwendung ص ٢١٠ وما بعدها .

(٢) pr. O. V. G. 72/307 ومثل ذلك حكمها الصادر في ١٩٠٣/١/١٠ في 42/391 .

فى الدعوى التالية(١). فقد أصدر البوليس قرارا بنقل جثة إلى قاعة عرض الجثث الجنائية « للأمن والتحقق من سبب الوفاة » . ونتيجة لذلك فإن المصاريف تتحملها الدولة . فلم تقبل المحكمة أن يعود البوليس ويتمسك بأن غرضه كان الوقاية من انتشار العدوى حتى تتحمل البلدية المصاريف ، لأن الواقعة متى تمت واكتملت لا يقبل من الإدارة أن تتقدم بسبب جديد ، كان بعيداً عنها عند إصدار القرار .

فالتحول يفترق عن التصحيح اللاحق بإدخال سبب جديد ، فى أنه فى التحول يصح القرار الجديد الذى يوافق القرار الباطل عناصره دون إدخال أى واقعة جديدة فى الاعتبار ، بعكس التصحيح اللاحق بإدخال السبب الجديد ؛ ومن ناحية أخرى فإنه فى التحول يكون القرار الجديد قراراً آخر غير القرار الباطل ، بينما فى التصحيح اللاحق يصح القرار هو نفسه ولكن مع إدخال سبب جديد عليه .

أما السبب الحقيقى لإجازة التصحيح اللاحق مع إدخال السبب الجديد ، فهو أن الإدارة تستطيع بعد إبطال القرار أن تعود فتصدره سليما مستنداً إلى سبب جديد صحيح ؛ لهذا يكون من الاقتصاد القانونى توفير هذه العملية وإقرار هذا النوع من التصحيح .

سادساً : خلاصة

٣٠ — أخيراً فإن الحاجة إلى التحول فى القانون العام إن لم تكن أشد منها إليه فى القانون الخاص فهى لا تقل عنها ، ولا يحتج بعدم وجود نص يماثل المادتين ١٤٠ مدنى ألمانى و ١٤٤ مدنى مصرى ؛ فنحن فى مجال لا نصوص فيه فلا يقبل الاحتجاج بعدم وجود النص . وضمان سلامة إجراء التحول دون مساس بمصالح الإدارة أو ذوى الشأن هو التحقق من توافر شروطه، ففيها الضمان الكافى لأدائه وظيفته .

وبعد، فالتحول سواء فى القانون العام أو فى القانون الخاص هو فى الحقيقة تطبيق لمبدأ الغائية teleologisme وهو المبدأ الذى يتعين على أساسه إعادة النظر فى علم القانون .

(١) Pr. O. V. G. 55/29.

المراجع

أولا : مراجع خاصة بالتحول : (فى ترتيب تاريخى)

Römer (Robert) : Konversion der Rechtsgeschäfte überhaupt und ihrer besonderen Anwendung auf das Wechselversprechen : Arch. Zivil. Praxis Bd : 36 (1853) S. 66—94.

Weisengrün (N. Leo) : Der Begriff der sog. Konversion der Rechtsgesehäfte : Diss. Berlin 1886.

Satta (Giuseppe) : La conversione dei negozi giuridici : Diss. Milano 1903.

Voss (Hinrich August) : Die konversion des Rechtsgeschäfts : BGB. § 140. Diss. Rostock 1905.

Rutenbeck (Ernst) : Der Gegensatz der sog. Konversion zur Bestätigung nicht gültiger Rechtsgeschäfte nach gemeinem Recht u. BGB. Diss. Erlangen 1907.

Perrin : La conversion par réduction : Diss. Dijon 1911.

Fischer (Otto) : Konversion Unwirksamer Rechtsgeschäfte : in Festschrift f. Adolf Wach 1913 Leipzig.

Michaelis : Besprechung von Fischers Abhandlung in Gruchot Beiträgen Bd. 59 (1915) S. 566.

Manigk (Alfred) : Besprechung von Fischers Abhandlung : Arch. f. Rechts - u. Wirtschaftsphilosophie. Bd : 8 (1915) S. 529.

Bichmann (Herbert) : Umdeutung und Umwandlung (Konversion) beim Testament. Diss. Marburg a. L. 1925.

Philipp : Zur Umdeutung ungültiger Wechselversprechen ; J W. 1927 S. 2973 ff.

Pappenheim (Walther) : Die Konversion fehlerhafter Staatsakte. Ein Beitrag zum "Allgemeinen Teil des "öffentlichen Rechts". In Fischers Zeitschrift f. Verwaltungsrecht Bd. 60 (1927) S. 1—68.

Rogge (Heinrich) : Die Konversion fehlerhafter Verwaltungsakte, Diss. Greifswald. 1928.

Küntzel (Ernst) : Das Anwendungsgebiet des § 140 BGB unter besonderer Berücksichtigung der Konversion angefochtener Rechtsgeschäfte. Diss. Göttingen 1929.

Behnes (Clemens) : Die Umdeutung der Goldmünzklauseln in Goldwertklauseln. Diss. Göttingen 1929.

Finger (Hans-Joachim) : Die Umgestaltung nichtiger Rechtsgeschäfte. § 140. Diss. Berlin. 1932.

Wiechell (Heinrich) : Konversion und Willensmoment. Diss. Rostock 1933.

Schönwetter (Hans) : Die erhaltende Umdeutung gemäss § 140 BGB. in der neuren Rechtssprechung. Diss. Marburg. 1934.

Weil (ELLY) : Konversion von Rechtsgeschäften. Diss. Zürich 1914.

Siller (Robert) : Die Konversion (§ 140 BGB.) Z. A. P. Bd. 138 (1934) S. 144 ff.

الدكتور حلمى بهجت بدوى : آثار البطلان : التحول والإنقاص : مقال فى القانون والإقتصاد السنة الثالثة سنة ١٩٣٣ .

Bodda : La conversione degli atti amministrative illegittimi. Diss. Milano 1935.

Mosco (Luigi) : La conversione del negozio giuridico Napoli. 1947.

V. Brasch (Victor) : Die Konversion vom Standpunkt der Begriffs-und Interessenjurisprudenz aus. Diss. Münster 1949.

ثانياً : مراجع عامة

(١) قبل مجموعة القانون المدنى الألمانى

Brinz : Pandekten 2. Aufl. 1879.

Dernburg : Pandekten 7. Aufl. Berlin 1902.

Enneccerus : Rechtsgeschäfte, 1889.

Glück : Pandekten 1851.

Hasenöhrl : Das Österreichische Obligationen-recht, Bd. I. Wien 1892.

Hölder : Pandekten 1891.

Pachta : I. Pandekten. 12. Aufl. 1877.

2. Vorlesungen über das heutige römische Recht. 6. Aufl. 1874.

Pernice : Marcus Antistius Labeo. Halle. 1873.

Regelsberger : Pandekten. Bd. 1. 1893.

Seuffert : praktisches Pandektenrecht. 1860.

v. Savigny : System des heutigen römischen. Rechts. 1840—1849.

Thibaut : System des Pandektenrehts. 1853.

Thöl : Handels-and Wechselrecht, 6. Aufl, 1880.

Unger : 1. System des österreichischen Zivilrechts. 5. Aufl. 1892.
2. Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere. Leipzig, 1857.

v. Wächter : 1. Pandekten 1830.
2. Handbuch des württembergischen Privatrechts 1831.

Windscheid : 1. Wille und Willenserklärung. Leipzig. 1878.
2. Pandekten (herausgegeben v. Kipp). 6 Aufl. 1906.

Zittelmann : Irrtum und Rechtsgeschäft 1879.

٢ — بعد مجموعة القانون المدنى الألمانى

Bernstein : Ansprüche aus formungültigem Wechsel. JW. 1927 S. 1347 ff.

Betti : Teoria generale del negozio giuridico, unione tipografico. Editrice Torinese. Torino. 1952.

Biermann : Bürgerliches Recht : Bd. I. 1908.

Crome: System des deutschen bürgerliehen Rechts. Bd. I 1900.

Cosack (Konrad) : Lehrhach des deutschen bürgerlichen Rechts 6. Aufl. Jena 1913.

Code Civil allemand : Traduction officiel faite par la ministère de la justice. Paris 1904.

Danz : Auslegung der Rechtsgeschäfte 3. Aul 1911.

Dernburg : Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preussen. 3. Aufl. 1906,

Endemann : Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I. 1903.

Enneccerus, Kipp, Wolff und Nipperdey : Lehrbuch des bürgerl. Rechts Bd. I. Allgemeiner Teil. 13 Aufl. 1931, 14 Aufl. 1952.

Hölder : Kommentar zum allg. Teil des BGB. 1900.

Fischer (Otto) und Henle : Kommentar zum BGB. 12. Aufl. 1923.

Lehmann (Heinrich) : Allg. Teil des BGB. 7 Aufl. 1952.

Leonhard (Rudolf) : Der allg. Teil des BGB.

Manigk : Willenserklärung und Willensmoment.

Mugdan : Gesamte Materialien zum BGB.

Neumann : Handausgabe des BGB Bd. I 6. Aufl. 1912.

Nolden (Wilhelm) : Der Grundsatz der Restgültigkeit, Diss. Köln 1939.

Oertmann : Kommentar. Bd. I. 3. Aufl. 1927.

Planck : Kommentar. Bd. I. 4. Aufl. 1913.

Reichsgerichtsräte Kommentar : jetzt herausgegeben von den Mitgliederndes Bundesgerichtshofs. 1952.

Saleilles (Raymond) : 1. De la déclaration de volonté : Etude de L'acte Juridique dans le code civil allemand (Art. 116—144) Paris. 1901.

2. Etude sur la theorie generale de l'obligation d'après le premier Projèt de code civil allemand. Paris 1904.

3. edition avec une préface de capitant, Paris 1923.

Staudinger : Kommentar Bd. I. 1931.

v. Tuhr (Andreas) : 1. Der Allg. Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. 1910 — 1918.

2. Das schweizeriche Obligationenrecht.

Volkmann : Irtum und Reurecht.

Warneyer : Kommentar 1923.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (jetzt des Bundesgerichtshofes).

Seuffert : Archiv für Entscheidungen.

Warneyer : Archiv für Entscheidungen.

Juristische Wochenschrift (J. W.) jetzt, neue J. W.

Colin et Capitant : Traité élémentaire du droit civil français. revisé par Julliot de la Morandière Paris 1951.

الدكتور عبد الرازق أحمد السنهورى : ١ — نظرية العقد — سنة ١٩٣٤ .

٢ — موجز الالتزامات . سنة ١٩٣٨ .

٣ — الوسيط فى مصادر الالتزام . سنة ١٩٥٢ .

الدكتور شفيق شحاتة : ١ — نظرية الالتزام سنة ١٩٤٢ بالفرنسية .

٢ — نظرية التأمينات العينية سنة ١٩٥٢ .

مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى سنة ١٩٥٠ .

Les travaux de la Commission pour la préparation d'un nouvau code civil français, sous la présidence de M. Julliot de la Morandière : 1945—1955. 10. Tomes.

الفهرس

الموضوع | الصفحة

الجزء الثالث ٢٠٨

الموضوع الصفحة

الجزء الرابع

ملحق فى تحول القرار الإدارى


Bibliotheca Alexandrina
04027707